

Böhmer

<36639022870015

Georg Ludwig Böhmers

Weiland Königlich Großbritannischen und Churfürstlich Braunschweig-Lüneburgischen geheimen Justitzraths, ersten Professors der Rechte und Ordinarius der Juristen-Facultät auf der Universität zu Göttingen

auserlesene Rechtsfälle,

aus

allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit,

nach

dessen Tode gesammlet und herausgegeben.

Zweyten Bandes zweyte Abtheilung.

Göttingen
im Verlage bey Vandenhoek und Ruprecht
1800.

CONSPECTVS
THEMATVM GENERALIVM
Partis secundae Tomi secundi.

N. 166.

Num. 137.

Num. 137.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

De ſucceſſore agnato ex inueſtitura euentuali ab anteceſſore data non obligato.

Argvmenta specialia.

Status cauſſae. n. 1.

Rationes dubitandi.

Inueſtitura euentualis ius in re euentuale tribuit. n. 2. 3.

Nec obſtat defectus traditionis, quippe quae ad infeudationem neceſſaria non eſt. n. 4.

Traditionis verae et ſymbolicae differentia. n. 5.

Iure Longobardico omnes ſucceſſores ſeculares ex euentuali inueſtitura ab anteceſſore data obligantur. n. 6.

Quidquid princeps intra fines imperii in ſalutem reipublicae gerit ſucceſſorem obligat. n. 7.

Imprimis ſi principatus feudum hereditarium eſt eique allodia admixta ſunt. n. 8.

Accedit quod ius reinfeudandi feuda aperta pactis familiae conceſſum ſit. n. 9.

Quod de expectatiua illicito modo impetrata cautum eſt ad omnes expectatiuas applicari nequit. n. 10. 22.

Rationes decidendi.

Ius in re euentuale per inueſtituram euentualem conceſſum plenum effectum habet, feudo viuo concedente aperto. n. 11.

Inueſtitura euentualis effectu vero caret feudo demum poſt mortem concedentis aperto. n. 12. 13.

Succeſſor itaque ex euentuali inueſtitura non obligatur niſi ſpeciales accedunt rationes. n. 14.

Agnatus ſucceſſor factis anteceſſoris ſtare non tenetur. n. 15.

Is enim eodem iure ac ſucceſſor clericus vtitur. n. 16.

Text. II. feud. 26. §. 2. explicatur. n. 17.

In concedenda inueſtitura euentuali princeps non qua talis ſed tanquam dominus directus agit nec alias quam leges feudales agnoſcere tenetur. n. 18.

Cauſſae ſalutis publicae quibus motus princeps aliquid facit conſtare debent, vt inde aliqua obligatio effici poſſit. n. 19.

Ex conſtitutione domus Brunſuico-Luneburgenſis obligationem ſucceſſorum colligi non poſſe demonſtratur. n. 20.

In terris electoralibus Brunſuico-Luneburgenſibus filii expectiuarii ſuccedunt in expectatiuam. n. 21.

Quaeſtionis deciſio. n. 23.

Rechtsgutachten.

Als uns die Privat-Acten, ſo vor dem Kaiſerlichen und Reichs-Cammergerichte 1 in Sachen des Königlich Preuſſiſchen Hofmarſchalls und Miniſters, Herrn Grafen Gebhard Werner von der Schulenburg und der Herren Gebrüder deſſelben Frie-

derich August, Achaz Wilhelm, und Albrecht Ludwig Grafen von der Schulenburg, wider des regierenden Herrn Herzogs zu Braunschweig-Wolfenbüttel Hochfürstliche Durchlaucht, die von den Herren Herzogen August Wilhelm und Ludwig Rudolph höchstseeligen Andenkens den Herren Grafen von der Schulenburg in den Jahren 1720 und 1732 verliehene Anwartschaft und Eventual-Investituren auf die Bartenslebenschen Lehngüter betreffend, bis zur Duplik verhandelt sind, zugefertiget, und wir diese Rechtssache wohl zu erwägen, und über die Frage:

> Ob die Ansprüche und Gerechtsame der Herren Kläger von der Beschaffenheit zu halten, daß sie mit Beyfall der Rechte ein obsiegliches Urtheil in dieser Rechtssache erwarten können,

unsere rechtliche Meinung zu ertheilen gebeten worden;

demnach erachten und erkennen wir nach fleissiger deren Verlesung und collegialiter gepflogener Erwägung den Rechten gemäß zu seyn:

2 Obwohl bey Beurtheilung dieser Rechtsangelegenheit vornemlich auf die Natur und Eigenschaft der in Frage stehenden Eventual-Belehnung und auf die daraus nach den Lehnrechten sowohl, als nach den Hausrechten herrührende Verbindlichkeit des durchlauchtigsten Nachfolgers es ankömmt, und soviel A) erstere betrifft, 1) die vom Herrn Herzog August Wilhelm unterm 8ten September 1720 ertheilten und vom Herrn Herzog Ludwig Rudolph unterm 16ten April 1732 bestätigten Lehnbriefe wörtlich ergeben, daß gedachte Herren Herzoge den weiland Königlich Preussischen General-Major, Adolph Friederich Grafen von der Schulenburg und dessen Leibes-Lehnserben mit denen vom Herzogthume Braunschweig zu Lehn gehenden Bartenslebenschen Gütern sammt und sonders auf den Fall, da solche durch gänzliche Erlöschung des Geschlechts derer von Bartensleben und durch den Abgang der männlichen Posterität des Freyherrn Eberhards von Danckelmann Ihro oder deren fürstlichen Leibes-Lehnserben und Successoren eröffnet werden sollten, beanwartet, und denselben damit, als wenn es sein altväterliches Stammlehn wäre, dergestalt eventualiter belehnet:

> daß sie ihm solche in eventum kraft dieses tradiret, und also ein ius reale darin constituiret haben wollten, nicht weniger er solche propria auctoritate in Besitz zu nehmen und zu gebrauchen, hiemit bemächtiget und berechtiget seyn, und dabey von Herren Herzogen und dero Mitgesetzten, gebührlich manuteniret und geschützet werden sollen,

so wie auch der Neubelehnte dagegen den Reversbrief bis zu künftiger Eidesleistung ausgestellet;

3 Und dann 2) durch diese Belehnung ein ius in re eventuale an den Bartenslebenschen Lehnen auf den bestimmten Eröffnungsfall, welcher im Jahre 1745 erfolget, nach mehreren Rechtsgründen ertheilet worden, indem durch die Belehnung die constitutio feudi besage der Rechte

I. Feud. 25.
II. F. 1. §. 1., II. F. 11. pr.

ver-

verrichtet, und die rechtliche Wirkung der Constituirung eines dinglichen Rechts ihr dergestalt beygeleget wird, vt rei per beneficium inuestitae vasallus hanc habeat potestatem vt tanquam dominus possit a quolibet possidente feudum quasi vindicare,

II. F. 8. pr.

dieses aber auf alle Gattungen der Belehnung, folglich auf die Eventual-Belehnung um so gewisser gehet, als schon mittelst einer wörtlichen darauf gerichteten Erklärung des Lehnherrn

II. F. 33. pr.

das Recht an dem Lehne übertragen werden mag; dergleichen lehnherrliche Erklärung in vorangeführtem Lehnbriefe in dem darin in euentum wirklich verliehenen iure reali an den Bartenslebenschen Lehnen enthalten ist; endlich auch diese den Lehnrechten angemessene Erklärung nicht bloß von sächsischen Rechtslehrern, sondern auch sowohl von Beysitzern des Cammergerichts

Huld. ab Eyben in elect. iur. feud. cap. 5. §. 7.
Io. Vlr. de Cramer de refutat. feud. in expectiuat §. 3. 4. T. 3. opusc. p. 480. ibique relat. Cameral. p. 496.

als von anderen Rechtsgelehrten,

Stryk de inuest. abus. c. 3. §. 2.
Koch de expect. et inuest. euent. c. 3. §. 10.
Franc. Iustus Kortholt de simult. inuest. Hass. c. 1. §. 4.

bey Erklärung der Eventual-Belehnung zum Grunde geleget worden;

4 Hierwider auch 3) die in der Duplikschrift angebrachten Zweifel, welche vornemlich von der bey der Eventual-Belehnung ermangelnden Tradition hergeleitet worden, deshalb für erheblich nicht zu achten, weil a) die Belehnung nicht nach den Grundsätzen des Römischen Rechts, sondern nach den Grundsätzen des Lehnrechts zu beurtheilen, und davon daß b) die Tradition der zu Lehn verliehenen Sache überall zur Natur und Eigenschaft der Belehnung nicht gehöre, dieses den vollkommensten Beweis gibt, daß die Verbindlichkeit des Lehnherrn das zu Lehn gegebene Gut zu tradiren, unter die Folgen der Belehnung und unter die erst aus der Belehnung erwachsenden Verbindlichkeiten in den Lehnrechten gerechnet wird,

I. F. 4. §. 1.
II. F. 7. §. 1. II. F. 26. §. 14.

5 folglich die Tradition kein wesentliches Stück der Belehnung selbst seyn kann; endlich c) unter der Ablieferung der Sache selbst, welche nach Römischen Rechten zur Erlangung des Besitzes und Eigenthums erfordert wird, und unter der bey den Teutschen üblichen symbolischen Tradition des Rechts ein wahrer und hiebey zum Grunde liegender Unterschied vorhanden ist, indem bey der letztern die Sache selbst nicht abgeliefert, noch deren Besitz dem andern übergeben, sondern nur das Recht an der Sache dem an-

andern gemeiniglich durch Symbole oder durch ähnliche öffentliche im Lehngerichte ausgefertigte mündliche oder schriftliche Erklärungen übertragen wird, wie solcher Unterschied auch bey der lehnherrlichen Uebertragung des Lehn-Eigenthums nach teutschen und longobardischen Lehnrechten in

Pufendorfii obs. iur. T. 2. obs. 2.

ausgeführt ist;

6 Uebrigens daß B) das aus gedachter Belehnung herrührende ius in re euentuale auch gegen den jetzt regierenden Herrn Herzog zu Braunschweig, als Lehn- und Landesfolger, von gleicher Wirkung sey, von Seiten der Herren Grafen von der Schulenburg, nicht ohne Anschein behauptet worden, indem

1) die longobardischen Lehnrechte nur unter weltlichen Lehnherren und deren Erben, und unter geistlichen Lehnherren und deren Nachfolgern einen Unterschied machen, und erstere, die Eventual-Belehnung ihres Vorgängers in Erfüllung zu setzen, für verbindlich erklären,

I. F. 3. I. F. 9. II. F. 35.

dabey aber unter Söhnen und unter Agnaten keinen weitern Unterschied machen, und daher solche Verordnung nach der Meinung des

Rhetius ad lib. I. Feudor. tit. 9.

von jedem successore, qui per defunctum ad successionem adspirat, mithin auch von Agnaten anzunehmen zu seyn scheint;

7 Darneben 2) bey Reichsfürsten und Ständen noch besonders dieses in Betracht kömmt, daß sie in solchen Regierungs-Geschäften, welche sie innerhalb den Grenzen der ihnen zustehenden Hoheitsrechte zum Wohl und Nutzen des Landes unternehmen, Namens des Fürstenthums und Landes handeln, und ein Nachfolger in der Regierung daran per interpositum principatum gebunden ist, wie solches

Wernher P. 5. obs. 161. P. 10. obs. 377. et 469.

ausgeführet, und hieraus ein besonderer Grund der Verbindlichkeit des Nachfolgers zur Festhaltung und Erfüllung der Eventual-Belehnung, wenn gleich der Eröffnungsfall unter dieser Regierung sich erst ereignet, einzutreten scheinet;

8 Diesem auch 3) in gegenwärtigem Falle aus der Verfassung des Hauses Braunschweig-Wolfenbüttel diese besondern Gründe beytreten, daß das Herzogthum Braunschweig-Lüneburg in Betracht dessen, daß es gleich bey der ersten Errichtung von Kaiser Friederich dem zweyten dem Herzoge Otto dem Kinde als ein feudum in filios et filias hereditarie deuoluendum im Jahre 1235 verliehen worden, die Eigenschaft eines Erblehns erhalten; und wenn daraus auf die Erbfolge der Schluß gemacht werden könnte, zugleich auch die Verbindlichkeit eines jeden Nachfolgers darauf zu fundiren seyn dürfte, bevorab dieses Herzogthum zu solchen Reichslehnen gehöret, quibus allodia admixta sunt, dergestalt, daß nach der Bemerkung des

Wiss-

Wissmann de feud. Brunsv. cap. 1. sect. 2. num. 34.

dem jedesmaligen, nach dem Rechte der Erstgeburt succedirenden Nachfolger die volle Einrichtung der Residenz und die gefallenen letztjährigen Landeseinkünfte nebst den Vieh- und Feld-inventariis zu Theil werden, mithin die successio in eine vniuersitatem ex feudo et allodio mixtam geschieht;

Demnächst 4) die Wiederverleihung der eröffneten Lehne von jeher im Braunschweig-Lüneburgischen für billig und recht erkannt, und derenthalben in dem Fürst-Vetterlichen Vertrage vom Jahre 1442 beym 9

Erath von den Erbtheilungen des Braunschweig-Lüneburgischen Hauses S. 73.

einem jeden Herzoge in seinem fürstlichen Antheile die Macht, losgefallene Lehne wieder zu vergeben, beygelegt worden, und dieses nach der Meinung des

Struben in rechtl. Bedenken Th. 1. Bed. 115.

auf solche Lehne, welche während der Regierung des Verleihers eröffnet werden, nicht wohl eingeschränkt, und eben sowohl von den dero Zeit üblichen Anwartschaften und Eventual-Belehnungen, wenn gleich der Eröffnungsfall in die Regierung des Nachfolgers einfällt, verstanden werden mag;

Endlich 5) in den Acten mit Bestande ausgeführt worden, daß der aus der Verordnung des Herzogs August vom 16ten April 1637 beym 10

Klock de aerario p. 642.
Koch de expect. et inv. euent. p. 59.

gegen die Lehnsanwartschaften angeführte Grund auf gegenwärtigen Fall keine Anwendung leide, immaßen darin von widerrechtlich erschlichenen Sammt-Belehnungen, deren Gültigkeit sonst, wenn sie auf rechtliche Art erlanget sind, in Zweifel nicht gezogen werden mag, geordnet, und nur allein dergleichen erschlichene und eingedrungene vermeintliche Gesammthand, wie sie daselbst characterisirt wird, für kraftlos erkläret, hergegen der Grund der gemachten Verfügung darin nirgend in der ermangelnden Verbindlichkeit des Landes- und Lehnherrn bey einer rechtmäßig erlangten Sammtbelehnung gesetzet wird, und daher diese auf besondern Umständen beruhende Verordnung bey der vom Herzoge August Wilhelm und Herzoge Ludwig Rudolph aus eigener fürstlicher Zuneigung in den Jahren 1720 und 1732 ertheilten und bestätigten Eventual-Belehnung keine Anwendung gewinnen kann;

Solchemnach, da vornemlich auf dem Bestande der angeführten Gründe, ohne in die Erörterung der vielen in der Duplik angebrachten unerheblichen Gründe hinein zu gehen, die Entscheidung der vorliegenden Rechtssache beruhet, es ein scheinbares Ansehen hat, daß die Herren Grafen von der Schulenburg ein günstiges Erkenntniß zu erhoffen haben dürften;

Dennoch aber und dieweil A) der in Frage stehenden Eventual-Belehnung zwar diejenige Art und Eigenschaft, welche der wörtliche Inhalt des Lehnbriefes vom Jahre 11

1720 bezeichnet, mit Rechtsbestande beyzulegen, und, daß durch dieselbe ein ius in re an den Bartenslebenschen Lehnen verliehen sey, mit Grunde zu behaupten ist, jedennoch dieses Recht 1) selbst nach dem Inhalte der ertheilten Belehnung nur ein ius in re euentuale ausmacht, cum inuestitura euentualis tunc demum capiat effectum, si feudum domino vel heredi suo fuerit apertum

II. F. 26. §. 2.

und wie deren Wirkung in dem Falle, wenn das Lehn bey dem Leben des Verleihers erledigt wird, keinem rechtlichen Zweifel ausgesetzt ist, so hergegen

12 2) in dem Falle, da die Lehnseröffnung nach dessen Ableben und unter der Regierung des Nachfolgers sich ereignet, die Eventual-Belehnung aus eigener Kraft nicht weiter bestehet, weil die lehnherrliche Befugniß zu solcher Verleihung von dem Rechte, über das eröffnete Lehn zu verfügen, abhänget, und daran gleichwohl in dem bemerkten Falle es so klar ermangelt, als es hinwiederum gewiß ist, daß der Nachfolger kraft des erlangten lehnherrlichen Eigenthums über das ihm eröffnete Lehen das alleinige Vergebungsrecht erlanget, und daher

Hornius in iurispr. feud. c. 12. §. 15.

mit Grunde anmerket, quod reale illud ius careat effectu, cum casus in id tempus incidat, vbi nulla defuncto dispositio permissa est;

13 und wie 3) alles daraus erworbene Recht aus der rechtlichen Macht und Befugniß des Verleihers zu beurtheilen ist,

L. 20. D. de acquir. rerum dominio.

so auch hinwiederum das auf einen bestimmten Fall verliehene Recht, sofern vor dessen Existenz das Recht des Verleihers aufhöret, seine Kraft verliehrt, cum resoluto iure concedentis, resoluatur ius concessum,

L. 31. D. de pignoribus.

14 Solchemnach 4) die Eventual-Belehnung in dem Falle, da das Lehn bey dem Leben des Lehnherrn nicht eröffnet worden, eine rechtliche Kraft gegen dessen Nachfolger anders nicht gewinnen kann, als wenn rechtliche Gründe zu dessen Verbindlichkeit eintreten, die von seinem Vorfahren ertheilte Eventual-Belehnung in Ansehung des ihm selbst eröffneten Lehns anzuerkennen und zu erfüllen;

15 Gleichwohl B) in gegenwärtigem Falle an solchen Gründen, durch welche der jetzt regierende Herr Herzog zu Braunschweig-Wolfenbüttel zur Festhaltung der in Frage stehenden Eventual-Belehnung über die unter seiner Regierung eröffneten Bartenslebenschen Lehen verbunden geachtet werden könnte, es ermangelt, indem nach Absterben des Herzogs Ludwig Rudolph sowohl der Herzog Ferdinand Albrecht, als auch der jetzt regierende Herr Herzog als Agnaten und ex pacto et prouidentia maiorum, mithin aus völlig eigenem Rechte zur Regierung gelanget;

und obwohl 1) die longobardischen Lehnrechte von der Kraft der Eventual-Belehnung in dem Falle wenn das Lehn dem successori agnato eröffnet wird, absonderlich nichts

nichts verordnen, dennoch bey einem Agnaten gleiche Gründe, wie bey einem successore clerico, eintreten, und wie dieser vermöge der Wahl und aus eigenem Rechte zur Prälatur, so auch jener ex pacto et prouidentia maiorum und ebenfalls aus eigenem Rechte zur Folge in dem lehnherrlichen Eigenthume gelanget; und in diesem Betrachte die Verordnung, kraft deren ein Nachfolger in der Prälatur an die Eventual-Belehnung seines Vorgängers nicht gebunden ist,

I. F. 9.
II. F. 26. §. 2., II. F. 35.

eben sowohl bey dem agnato successore ihre rechtliche Anwendung gewinnet, da die Lehnrechte denselben nach gleichem Grunde von der Verbindlichkeit zum Abtrage der Erbschulden seines Vorfahren, mithin von der Verbindlichkeit, seine facta zu leisten, entbinden,

II. F. 45.

Diesem auch 2) der in Lehnrechten unter den weltlichen und den geistlichen Lehnherren sehr allgemein vorgetragene Unterschied deshalb nicht entgegensteht, weil der rechtliche Grund dieses Unterschieds nicht in dem verschiedenen Stande der Personen, noch auch in der lehnherrlichen Befugniß, eröffnete Lehne wieder zu vergeben, als welche bey beyden zum voraus gesetzet wird, sondern allein in der verschiedenen Art der von dem geistlichen Lehnherrn vermöge der Wahl erlangten Nachfolge, und der bey dem weltlichen Lehnherrn eintretenden gewöhnlichen Erbfolge gesetzet werden kann, und in dieser Absicht bey dem weltlichen Lehnherrn der Fall, si feudum heredi eius aperiatur, und bey dem geistlichen dieser: si successori eius aperiatur, 16 17

II. F. 26. §. 2.

bemerket, und dadurch ein solcher weltlicher Lehnherr angedeutet worden, welcher Söhne oder Allodial-Erben hinterlassen, die aus der Natur der Erbfolge die facta defuncti zu prästiren und daher auch die von ihrem Erblasser ertheilte Eventual-Belehnung über ein ihnen eröffnetes Lehn aufrecht zu erhalten verbunden sind, und in dieser Absicht die Lehnrechte die heredes des Lehnherrn, unter welchem Ausdrucke, wenn von den Handlungen des Erblassers die Frage erwächset, dessen wahre Allodial-Erben verstanden werden, ad implendam inuestituram für verbindlich erklären,

I. F. 3.
Moser de expectatiua §. 18. et 20.

dahergegen diese Verordnung von einem solchen weltlichen Nachfolger des Lehnherrn, welcher auf gleiche Weise, wie der Nachfolger in der Prälatur, aus eigenem Rechte zur Nachfolge im lehnherrlichen Eigenthume gelanget, um so weniger verstanden werden kann, als die Lehnrechte den Unterschied inter filium heredem et inter successorem agnatum nach der Art und Eigenschaft der auf eigenem Rechte beruhenden Lehnfolge der Agnaten überall anerkennen,

Hart. Pistor quaest. iur. lib. 2. qu. 26. et 21.

und

und diesem zufolge die auf dem blossen Wortverstande beruhende Auslegung des Rhetius, nach welcher unter den weltlichen Lehnherren auch der succedirende Agnat begriffen seyn soll, weder bey den Rechtslehrern noch im Gerichtsgebrauche einen rechtlichen Beyfall gewinnen mögen;

18 Und obwohl 3) Handlungen, die ein Reichsfürst innerhalb den Grenzen der Landesregierung zum Wohl des Landes unternimmt, seinen Nachfolger verbinden, dennoch Belehnungen zu solchen Handlungen gehören, welche der Landesherr nicht vermöge der Landeshoheit, sondern als Lehnherr kraft des lehnherrlichen Eigenthums vollziehet, und bey diesen derselbe nur die gemeinen Lehnrechte in Ermangelung beson-

19 derer Hausrechte zur Norm und Richtschnur anzuerkennen gehalten ist; und wenn gleich das lehnherrliche Eigenthum mit dem Staate verbunden ist, und es Fälle gibt, in welchen ein Landes- und Lehnherr, nach Gründen welche von dem Wohl des Staats hergenommen sind, bey der Ausübung des lehnherrlichen Eigenthums handeln kann, dennoch auch zugleich abzunehmen seyn muß, was bey einer Handlung von dieser Art, für besondere, in das Wohl des Staats einschlagende Umstände eingetreten, um sie dazu zu qualificiren, und um denselben deshalb eine für den Nachfolger verbindende Kraft beyzulegen,

20 Demnächst 4) aus der eigenen Verfassung des Braunschweig-Wolfenbüttelschen Hauses besondere Gründe zur Verbindlichkeit eines Nachfolgers an die lehnherrlichen Zusagen seines Vorfahren mit Bestande nicht hergeleitet werden mögen, indem der in dem ältesten Lehnbriefe des ganzen Braunschweig-Lüneburgischen Hauses vorkommende Ausdruck des feudi in filios et filias hereditarie deuoluendi, nur allein in dem Verstande ein Reichserblehn bezeichnet, welchen die fernern Worte des Lehnbriefes in der auf Descendenten beyderley Geschlechts gerichteten Lehnfolge bestimmen, hergegen aus diesem Lehnbriefe, als dem einzigen sicheren Grunde, die wahre Bedeutung des ungewissen und unbestimmten Ausdrucks eines Erblehns zu erklären, ein Grund zu einer andern Bedeutung sich nicht herleiten lässet,

Io. Stuckius in conf. 26. num. 332. squ.

und davon daß eine ex beneficio defuncti zugleich abhangende Art der Erb- und Lehnsfolge in diesen alten Stamm- und Geschlechts-Lehnen eintrete, auch nicht eine Spur vorhanden ist; darneben die Verfassung des Hauses Braunschweig-Wolfenbüttel, nach welcher die Landes-allodia mit den Reichslehnen bey jedem Nachfolger unzertrennlich verbleiben und die volle Einrichtung des Residenzschlosses dem Lehnfolger allein zugeeignet wird, auf Geschlechts-Verträgen und auf der Geschlechts-Observanz auf gleiche Weise, wie bey anderen fürstlichen Häusern beruhet, und solche daher die Natur der Lehnfolge in einem Reichsfürsten-Lehne nicht ändert,

Buder de confortatione feudi per allodium §. 25.

noch auch diese successio in vniuersitatem allodiorum stemmaticorum et feudorum per pacta et obseruantiam familiarum constituta für eine successio vniuersalis, wie sie ratione tituli betrachtet wird, gehalten werden kann;

Io.

Io. Stuckius in consil. 26. n. 497. sqq.

Ferner soviel 5) den fürst-vetterlichen Vertrag vom Jahre 1442 betrifft, darin zwar die rechtliche Befugniß, die in jedem fürstlichen Landes-Antheile angestorbenen Lehne nach eigenem Rechte von neuem wieder zu vergeben, ertheilet, hergegen von einer Eventual-Belehnung, und besonders von deren in Frage stehenden Wirkung in Ansehung des künftigen Nachfolgers darin nichts verabredet worden und so sehr diese beyden Puncte unterschieden sind, so wenig auch die für das letztere geäusserte Meinung des Vice-Canzlers Struben daraus sich begründen läßt, immaaßen zwar in den Chur-Braunschweig-Lüneburgischen Landen mit den Anwartschaften und Eventual-Belehnungen es diese Bewandtniß hat, daß wenn nur ein Lehn noch bey dem Leben der Söhne des Beanwarteten erlediget wird, sie auch unter der Regierung des höchsten Nachfolgers ihre Kraft und Gültigkeit erlangen, hergegen der Grund davon nicht sowohl in einer aus gemeinen Rechten herrührenden Verbindlichkeit des höchsten Nachfolgers, als vielmehr in dem aus mildester Gesinnung der Vorfahren in der Chur-Linie errichteten Haus-Vertrage des Herzogs Christian Ludwig und Herzogs Wilhelm vom 10. Jul. 1646 §. 23. enthalten ist und hiervon von Pufendorf in einem kurzen Auszuge aus einem von dem Ober-Appellations-Gerichte zu Celle an die Landesregierung darüber erstatteten Rechtsgutachten folgendes anführet: De illo vix ambigi potest, successores Domini, qui heredes eius non sunt, neque causam ab ipso habent, expectiuato minime teneri. Ex quo benignitas Ducum Brunsuicensium et Luneburgensium, Georgii Ducis filiorum, et ipsius Georgii intelligitur, quod veteri linea Calembergica extincta, non omnino expectatiuas omnes reiecerunt. Ex benignitate igitur animi receperunt, vt si deinde quoque, vnius linea extincta, alterius fratris linea succederet, datae expectatiuae ad expectiuati filios, sed non amplius, procedant, ita quidem Georgius Dux testamento suo cauit, et deinde filii eius pacti sunt; 21.

de Pufendorf obs. iur. tom. 4. obs. 221. §. 2.

Und ob wir wohl sonst 6) dafür halten, daß die von erschlichenen Sammtbelehnungen handelnde Verordnung Herzogs Augusts zu Braunschweig-Wolfenbüttel vom Jahre 1637 auf den in Frage stehenden Fall aus den oben angeführten Gründen nicht gezogen werden könne: so sind wir dennoch in Erwägung aller in den Acten vorkommenden erheblichen Gründe der rechtlichen Meinung: 22

> Daß die darin von Seiten der Herren Grafen von der Schulenburg angeführten Gründe nach Art und Eigenschaft des gegen einen agnatum successorem gemachten Anspruchs, von der Beschaffenheit nicht sind, daß hochgedachte Herren Grafen sich eines gedeylichen Urtheils mit Zuverlässigkeit versehen mögen. 1777.

Num. 138.

RESPONSVM.

THEMATA GENERALIA.

I. De iure pecuniae pro cautione depositae in concursu, et de compensatione in concursu.

II. De vsu decreti D. Marci in Germania.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Species facti. n. 1.
Quaestiones. n. 2.

Rationes dubitandi.

Pecunia locatori pro cautione data, instar pignoris est, orto concursu itaque iure separationis petitur. n. 3.

Id quod administrator in rem debitoris vertit tamquam creditum ex mandato iure potiori non gaudet. n. 4.

Rationes decidendi.

In pecunia a conductore locatori in securitatem tradita, huic non illi ius pignoris competit. n. 5 9.

Quae si adhuc extat vindicari, si vero consumta sit, tantum actione personali condici potest a conductore, nec in concursu priuilegio aliquo gaudet. n. 6.

Ex caussa depositi vero priuilegium pecuniae depositae tali credito tribuendum est. n. 7.

Quod priuilegium amittitur si vsurae inde solutae sunt. n. 8.

Creditum quod saluam fecit pignoris causam, quale est id quod administrator in rem sibi commissam impendit, praefertur ceteris creditis. n. 10. 11.

Compensatio debiti et crediti fit ipso iure. n. 12.

Moto concursu creditor compensare potest, credita et debita quae ante motum concursum extiterunt. n. 13.

Exceptio compensationis in ipsa executione opponi potest. n. 14.

Quaestionum decisio. n. 15.

Quaestio sexta. n. 17.

Ratio dubitandi.

Iure Germanico, quippe quod pignorationes admittit, decretum Diui Marci applicari nequit. n. 18.

Rationes decidendi.

Pro vsu decreti D. Marci pugnat receptio iuris romani in complexu et vsus fori. n. 19. 20.

Nemo sibi ipse ius dicere potest, etsi rem iudicatam allegare possit. n. 21.

Nec obstat pignorationum in quibusdam casibus vsus. n. 22.

Quaestionis decisio. n. 23.

Rechtsgutachten.

Als uns eine Geschichts-Erzählung sammt einigen Fragen zugesandt, und wir darüber unsere rechtliche Meinung zu ertheilen gebeten worden,

Dem-

Demnach erachten wir nach fleissiger deren Verlesung und collegialisch gepflogener Erwägung den Rechten gemäß zu seyn:

Ist des Nachrichters V. Meisterey zu G. im Jahre 1763 zu öffentlicher Verpachtung gediehen, und hat solche der Halbmeister S. aus dem Hessischen auf 6 Jahre gegen ein jähriges locarium von 145 Rthlr. und 600 Rthlr. niedergelegter Vorstandsgelder in Pacht erhalten; I

Nachdem dieser Contract confirmiret worden, hat zugleich das Gericht dem Nachrichter V. bedeutet, seine Geschwister zu befriedigen; und da dem Pächter S. so wenig von deren Forderungen, als von Andern, die etwas an V. zu fordern gehabt, damals etwas wissend gewesen, so hat er erst nachher erfahren, daß V. die Vorstandsgelder unter seinen Geschwistern vertheilet und andere Gläubiger damit befriedigt habe,

Nach Ablauf der 6 Pachtjahre hat zwar gedachter Pächter S. die Pacht nicht fortsetzen wollen, sondern seine Vorstandsgelder gerichtlich zurückgefordert; jedoch ist er bis zur anderweitigen Verpachtung, und bis dahin, daß diese Gelder ihm aus den von dem neuangehenden Pächter zu erlegenden Vorstandsgeldern bezahlet werden würden, verwiesen worden. Da aber in dem neuen Verpachtungs-Termine kein Pächter sich angefunden, so hat gedachter S. die Pachtung auf 3 Jahre für ein jährliches locarium von 100 Rthlr. aufs Neue einzugehen, unter der Bedingung sich bewegen lassen, daß von seinen Vorstandsgeldern Zinsen entrichtet werden sollten;

Als er nach Ablauf dieser neuen Pachtjahre wegziehen zu können vermeinet, hat sich wiederum kein Pächter gefunden, und ist er vom Gerichte angegangen worden, die Meisterey, weil sie verkauft werden solle, bis dahin nur auf Rechnung zu behalten. Solche gerichtlich aufgetragene und von ihm übernommene Administration hat auch ein Jahr und ein Monat gedauert, wobey ihm aus der Administrations-Rechnung ein Vorschuß von 200 Rthlr. verblieben;

Demnächst ist es darauf zur wirklichen Subhastation der Meisterey gekommen, wobey er in termino subhastationis mit darauf geboten, ist aber, als er überboten worden, aus der Gerichtsstube gegangen, jedoch von dem Gerichtsdiener unter der Anzeige wieder hereingerufen worden: der Richter hätte gesprochen, er möchte noch etwas auflegen, er hätte ja schon das Mehrste an der Meisterey, und hat darauf gedachter S. selbige wirklich für 1520 Rthlr. erstanden,

Wider alles Vermuthen ist darauf wider des V. Vermögen concursus creditorum eröffnet worden, und im Verfolg desselben das unterm 12ten April 1776 eröffnete Prioritäts-Urtheil dahin ergangen, daß Franz S. mit den 600 Rthlr. Vorstands-Geldern, aus der Ursache, daß diese, weil er sie bey der zweyten Verpachtung verzinset genommen, qualitatem mutui erhalten, unter den chirographarischen Gläubigern angesetzt, in Ansehung des geforderten Vorschusses aber erkannt worden, daß er auf dessen beyzubringenden Beweis, fernere Verordnung zu gewärtigen haben sollte;

Bey solchen Umständen und in Ansehung dessen, was dieserhalb in den Acten verhandelt worden, entspringen nunmehr folgende Fragen:

Erste Frage.

2 Ob Vorstandsgelder pro deposito oder pro pignore zu achten?

Zweyte Frage.

Wenn letzteres, ob solche eigentlich actione quasi Seruiana wiederzufordern?

Dritte Frage.

Ob Vorstandsgelder, wenn Zinsen darauf genommen werden, dennoch moto concursu ihr priuilegium personale beybehalten, und daher extra concursum zu vergüten?

Vierte Frage.

Ob solche durch die Annahme der Zinsen ihr priuilegium personale gänzlich verlohren?

Fünfte Frage.

Ob der Vorschuß aus einer gerichtlich übertragenen Administration eines Gutes, moto concursu des Eigenthümers dieses Gutes, extra concursum zu vergüten?

3 Ob nun wohl, soviel die ersten vier Fragen betrifft, die in den Acten ausgeführte Meinung, daß Vorstandsgelder iure separationis extra concursum zu fordern und zu berichtigen, daraus einigen Anschein gewinnen dürfte, daß sie zur Sicherheit der Pachtgelder und anderer Pachtverbindlichkeiten eingegeben werden, und dadurch als ein abgeliefertes Unterpfand anzusehen, welches der Eigenthümer nach geendigtem Pachtcontracte wieder zurückzufordern berechtiget ist, auch der Umstand, ob bey einem Unterpfande die Benutzung an Früchten oder Zinsen eingeräumet wird, die Rechte eines Unterpfandes an und für sich nicht verändern mag;

4 Hiernächst bey der fünften Frage der Zweifel entstehen dürfte, daß der Administrations-Vorschuß aus dem contractu mandati herrühret, und daher bloß auf einer persönlichen Forderung beruhet, solche Administration auch vor erregtem Concurse geführet, und daher nicht sowohl das Beste der Gläubiger, als vielmehr das Beste des gemeinen Schuldners durch dieselbe befördert worden sey, und in solchem Betrachte diese Forderung kein Vorrecht zu haben scheinet;

5 Dennoch aber und dieweil 1) di Natur und Eigenschaft der Vorstandsgelder darin bestehet, daß sie dem Verpächter von dem Pächter zur Sicherheit der Pachtgelder und anderer aus dem Pacht-Contract herrührenden Verbindlichkeiten eingegeben werden, folglich den Contract, mittelst dessen solches geschieht, der eigentliche Pfandcontract oder contractus pignoratitius ist, und daraus wohl der Verpächter, dem sie abgeliefert werden, nicht aber der Pächter als der Eigenthümer ein Pfandrecht erlanget; Hier-

Hiernächst 2) wenn von der Zurückforderung solcher Vorstands-Gelder nach geendigter Pachtung die Frage erwächst, der Pächter zwar als Eigenthümer dieser Gelder, in dem Falle, wenn selbige in natura noch vorhanden sind, sie als sein Eigenthum vindiciren kann, hergegen wenn sie, wie im gegenwärtigen Falle geschehen, ausgegeben worden, die vindicatio pecuniae oppignoratae wegfällt, und dem Pächter nur aus dem Pfandcontracte das Recht zustehet, solche Vorstands-Gelder von dem Verpächter, als seinem Contrahenten, zurückzufordern, welches, als ein ex contractu pignoratitio herrührendes Recht, ein blosses ius ad rem ist, und in diesem Betrachte eben so wenig, als eine andere aus Contracten herrührende Forderung, ein Vorrecht in concursu creditorum geniesset; 6

Jedennoch 3) in Erwägung dessen, daß Vorstands-Gelder dem Verpächter zu treuen Händen verstellet werden, der darüber eingegangene Pfandcontract der Billigkeit nach, zugleich nach der Art und Eigenschaft eines contractus depositi deshalb beurtheilet werden kann, weil die Rechte erlauben, quod pecunia etiam titulo depositi possit in cautionem conferri, 7

L. 27. D. depositi.
Leyser spec. 176. med. 2.

und daraus die Folge gezogen werden kann, daß die dem Verpächter anvertraueten Vorstandsgelder unter der Eigenschaft eines depositi zu betrachten, und ihnen das priuilegium personale depositi, nach welchem sie im Concurse in der vierten Classe zu befriedigen sind, beyzulegen;

Dafern sie aber 4) auch dieses an sich schwache Vorrecht in concursu creditorum gewinnen sollten, davon eben so wenig, als von einem deposito, Zinsen erhoben seyn dürften, weil ein depositum durch die Erhebung der Zinsen nach deutlicher Verordnung des 8

L. 7. §. 2. D. depos.
L. 24. §. 2. D. de reb. auct. iud. possidendis.

das priuilegium personale verliehrt.

Solchemnach 5) da der Pächter S. die Vorstands-Gelder bey der zweyten Pachtung verzinset angenommen, diese anders nicht, als wie im Locations-Urtheile geschehen, den Rechten nach angesetzet werden können, und daraus zugleich die vier ersten Fragen sich erledigen, indem der Pächter S. an seinen eigenen zum Vorstande abgelieferten Geldern kein pignus haben kann, sondern diese Gelder dem Verpächter zum Pfande eingegeben worden, und daher die Frage von der actione quasi Seruiana seu hypothecaria hiebey ganz unstatthaft ist; 9

Hiernächst 6) soviel den in der 5ten Frage begriffenen Administrations-Vorschuß betrifft, dabey in rechtliche Betrachtung kömmt, daß die Administration der Meisterey dem vormaligen Pächter S. von Gerichts wegen, um solche bis zu deren Subhastation in gehörigem Stande zu erhalten, aufgetragen, und solche Administration, 10

wenn sie gleich vor erregtem Concurse geschehen, dennoch nicht bloß zum Besten des Verpächters, sondern vornemlich in Rücksicht der daraus zu bewirkenden Befriedigung der V—schen Gläubiger, unter welchen einige sich bereits gemeldet, gerichtlich verfüget worden, und in Ansehung dessen, daß sie auf gerichtlichen Auftrag geschehen, die Eigenschaft einer curae bonorum erhalten,

L. 2. D. de curat. bon. dand.

11 Diesemnach 7) gedachter Administrations-Vorschuß, da er zur Erhaltung der Meisterey, aus welcher die übrigen Gläubiger ihre Befriedigung suchen, angelegt ist, als ein creditum anzusehen, auf welches die Verordnung der Rechte anzuwenden, quod creditum, quod saluam fecit totius pignoris causam, veluti quod impensum est in rem istam conseruandam, in qua aliis pignus constitutum est, praeferri debeat ceteris creditis,.

L. 5. L. 6. pr. D. qui pot. in pign. hab.

und aus diesem Grunde diejenigen Kosten, die zur Conservation der Güter des Gemein-Schuldners, besonders auf geschehene gerichtliche Verfügung verwandt worden, als solche, welche zum Vortheile der Mitgläubiger angeleget sind, zu betrachten und in der ersten Classe vorzüglich zu befriedigen,

Mevius P. 2. dec. 269., P. 5. dec. 83., P. 9. dec. 28.
Struuius in synt. iur. civ. Ex. 44. th. 47. ibique *Müllerus*.

folglich dabey darauf, daß gedachte Administration vor erregtem Concurse geführet worden, es nicht, sondern vielmehr darauf es ankömme, daß dieselbe dem Pächter S. von Gerichts wegen, um die Meisterey bis zur vorgewesenen und zum Besten der Gläubiger zu verfügenden Subhastation in gehörigem Stande zu erhalten, aufgetragen, und solche zugleich zum Vortheile der Gläubiger geführet worden;

12 Im übrigen 8) ausser diesen jetzt angeführten Gründen die Umstände des facti zugleich noch soviel ergeben, daß dem Pächter S. in Ansehung beyder, sowohl die 600 Rthlr. Vorstands-Gelder, als den angegebenen Administrations-Vorschuß betreffenden Forderungen das ius compensandi zu statten kommt, und beyde Forderungen ohne Rücksicht auf die Stelle, welche sie im Concurse erhalten mögen, von ihm mit Bestande in Abrechnung gebracht werden können;

Anerwogen 9) die Subhastation der V—schen Meisterey, nach den in facto angeführten Umständen, vor erregtem concursu creditorum geschehen, und solche der Pächter S. für 1520 Rthlr. vor ausgebrochenem und vermutheten Concurse sub hasta erstanden;

Und wenn daher 10) dieser Umstand des facti daß gedachter S. die Kaufgelder vor erregtem Concurse schuldig worden, seine Richtigkeit hat, daraus sich ergibt, daß schon von diesem Zeitpuncte an, die Compensation eingetreten, und die Kaufgelder durch die Gegenforderung der Vorstandsgelder und des Administrations-Vorschusses quoad

quoad summam concurrentem für bezahlt und für getilget zu achten, cum compensatio ex omnibus actionibus ipso iure fiat,

L. 14. C. de compensat.

Wohlerwogen 11) den Rechten nach hinlänglich ist, daß beydes, sowohl das debitum der Kaufgelder, als die credita der Vorstands- und Vorschuß-Gelder vor dem erregten Concurse existiret haben, angesehen die Compensation nicht von der Zeit, da sie im Processe eingewandt wird, sondern von der Zeit, da Forderung und Gegenforderung erwachsen, ihre rechtliche Kraft gewinnet: si enim constat pecuniam inuicem deberi: ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab vtraque parte debetur, quoad quantitatem concurrentem, 13

L. 4. C. de compensat.

und diesem zu Folge die vorher schon eingetretene Compensation nach erregtem Concurse mit Sicherheit und Rechtsbestande angeführet und eingewandt werden kann; hinc in mutuis petitionibus et debitis, quae ante concursum iam extiterunt, compensatio vtique admittenda est moto concursu, vtpote quae ipso iure fit, et debitum et creditum ipso iure minuit;

Pufendorf obs. iur. vniuersi tom. 1. obs. 79.

Diesem auch 12) nicht entgegensteht, daß Liquidant S. seine Forderung im Concurse angegeben, weil deren Liquidation die Compensation nicht aufhebt, vielmehr zur Berichtigung und Begründung der Compensation erforderlich ist, und derselben vorausgehen muß, noch auch ferner etwas hindern mag, daß ihm zu Bezahlung der Kaufgelder bereits ein Termin vom Gerichte angesetzt, und daß ungeachtet er über die Kürze dieses Termins Beschwerde angebracht, gedachtes Decret in appellatorio bestätiget worden, anerwogen die exceptio compensationis von ihm dabey nicht opponiret, noch auch solche bisher in den Acten verhandelt, oder darüber erkannt worden, folglich ihm solche, da sie vim solutionis hat, annoch zu opponiren unbenommen bleibt, nam et eum qui iudicati, conuenitur, compensationem pecuniae sibi debitae implorare posse nemini dubium est; 14

L. 2. C. de compensat.

Als halten wir den Rechten nach dafür:

Daß, soviel die ersten vier Fragen betrifft, den Vorstandsgeldern nach geschehener Annahme der Zinsen das priuilegium personale depositi in concursu creditorum nicht beygeleget werden könne; hingegen in Ansehung der 5ten Frage, der Vorschuß einer gerichtlich übertragenen Administration eines Gutes nach erregtem Concurse über des Eigenthümers Vermögen vorzüglich und in der ersten Classe vor den übrigen Gläubigern den Rechten nach zu vergüten sey; 15

Im übrigen nichts destoweniger dem Pächter S. in Ansehung dessen, daß er die V—sche Meisterey vor erregtem Concurse erstanden, die exceptio 16

compen-

compensationis in dem Maße zu statten komme, daß er die beyden Forderungen wegen Vorstands-Gelder und Administrations-Vorschüsse bey Bezahlung der schuldigen Kaufgelder mit Rechtsbestande in Anrechnung bringen könne.

Anlangend die

Sechste Frage.

17 Ob, wenn einer ein in allen Instanzen erstrittenes immobile, lite adhuc pendente proprio motu et vi in Besitz nimmt, er des erstrittenen Rechts sich verlustig gemacht, und zu solcher Behauptung das bekannte decretum D. Marci annoch seine Anwendung gewinne?

18 Ob zwar verschiedene Rechtslehrer den Gerichtsgebrauch der in den römischen Rechten auf die gewaltsame Selbsthülfe geordneten Strafe besonders auch deshalb in Zweifel ziehen, weil nach teutschen Sitten, die Pfändung, als eine Art der Selbsthülfe hergebracht ist, und deshalb die römischen Rechte hierunter nicht wohl angenommen werden können,

Struv. in synt. iur. civ. Exerc. 45. th. 114.
Grönewegen de legib. abrogat. ad. §. 1. l. de vi bon. raptor.

19 Dieweil aber dennoch 1) die Verordnung der römischen Rechte gegen die eigenmächtige Besitznehmung und Selbsthülfe etwas der teutschen Verfassung widriges nicht enthält, vielmehr solche auf die Abwendung ungerechter Gewalt und auf die Erhaltung öffentlicher Ruhe abzwecket, und daher in Betracht dessen, daß das gemeine römische Recht in seinem ganzen Umfange in Teutschland angenommen ist, für den rechtlichen Gebrauch der in

L. 13. D. quod met. caus.
L. 7. et 10. C. vnde vi.
L. 4. C. fin. regund.
Nov. 51. c. 1., Nov. 60. c. 1.

enthaltenen Verordnungen die Rechtsvermuthung so lange obwaltet, als dagegen ein anderes in Landesgesetzen nicht verordnet ist;

20 Wie dann 2) die Aussprüche der Rechtslehrer zeigen, daß nach solchen Verordnungen in vorkommenden Fällen gesprochen worden;

Lauterbach in coll. theor. pract. lib. 43. tit. 16. §. 20.
Lyncker de grav. extraiud. c. 9. p. 2. §. 44.
Stryk in vsu mod. ad tit. quod met. causa §. 9.
Mevius P. 1. dec. 95. P. 5. dec. 156.
Carpzov dec. 269. num. 21.
Boehmer de poena ius sibi dicentis sine iudice c. II. §. 11.

21 Hiebey auch 3) einem streitenden Theile nicht zu statten kömmt, daß er in Ansehung der mit eigener Gewalt in Besitz genommenen Sache die rechtlichen Erkenntnisse zu

zu deren Abtretung bereits für sich erhalten hat, indem keinem streitenden Theile erlaubt ist, die Vollstreckung eines auch rechtskräftig erstrittenen Rechts eigenmächtig zu unternehmen;

L 6. C. Vnde vi.
L. 6. §. 2. D. de re iudic.
Boehmer l. c. c. 1. §. 12.

Solchem allem auch 4) nicht entgegensteht, daß in Teutschland die Pfändung in 22 bestimmten besonderen Fällen, wenn sie zur Vertheidigung eines habenden Rechts oder Besitzes, oder als ein Rechtsmittel zur gesuchten Entschädigung gebraucht wird, hergebracht ist, immaßen aus diesen zur Ausnahme gehörigen besonderen Fällen die Folge mit einigem Scheine sich nicht rechtfertigen lässet, daß deshalb die Verordnungen des gemeinen Rechts gegen die gewaltsame und eigenmächtige Selbsthülfe in Teutschland nicht angenommen seyn sollten,

Leyser spec. 595. med. 1-4.

Als sind wir der rechtlichen Meinung:

daß, wenn jemand ein in allen Instanzen erstrittenes immobile während des Rechtsstreites eigenmächtiger und gewaltthätiger Weise in Besitz nimmt, er des erstrittenen Rechts für verlustig zu halten, und zu dessen Behauptung die Verordnungen der gemeinen Rechte in L. 13. D. quod met. causa und in L. 7. C. Vnde vi ihre rechtliche Anwendung gewinne. 1777.

Num. 139.
RESPONSVM.

THEMA GENERALE.
De vitiis equorum.

Argvmenta specialia.

Status causae. n. 1.
Quaestio prima. n. 2.

Rationes dubitandi.

Iure romano redhibitio equorum propter quodvis vitium latens quod tempore contractus adfuit locum habet. n. 3.
Moribus germanorum ob quaedam vitia tantum admittitur. n. 4.

Rationes decidendi.

Vitium capitale illud est de quo venditor nullo habito discrimine vtrum illud sciuerit necne tenetur. n. 5.
Vitia communia ea sunt quae venditor tum demum praestat si in dolo est, vel eorum praestationem promisit. n. 6.
Ratione vitiorum capitalium modo ex aedilitio edicto, ratione ceterorum ex emto agitur. n. 7.
Circumspecte itaque in determinandis vitiis capitalibus agendum est. n. 8.
Der Rotz, Wurm, und die Räude tamquam morbi letiferi et contagiosi inter capitalia recte referuntur. n. 9.
Quibus etiam *die Herzschlägigkeit* recte adnumeratur. n. 10.
Nec minus *der Koller* et *die Mondblindheit.* n. 11.
Non vero conuenit *die Wassersucht* iis adiicere. n. 12.
Equus furtiuus quoque redhiberi poteſt. n. 13.

Quaestionis decisio. n. 14.
Quaestio secunda. n. 15.

Rationes dubitandi.

Tempus redhibitionis secundum id quod plurimum fit definiendum. n. 16.
Vitio intra tempus redhibitionis sese exserente probatio eius quod post contractum demum ortum sit, vix admittenda. n. 17.

Rationes decidendi.

Tempus redhibitioni praefixum, non modo ratione probationis vim habet, sed etiam eum effectum vt eo effluxo ob vitia amplius agi nequeat. n. 18.
Congruum itaque est illud tempus pro diuersitate morbi diuerso modo definire. n. 19. 20. 21.
Probatio contrarii, vitium tempore contractus nondum adfuisse, reo merito permittenda. n. 22.
Si venditor in dolo est actio perpetua est. n. 23.
Quaestionis decisio. n. 24.
Quaestio tertia. n. 25.
Et extra casum doli venditor ad praestandum quoduis vitium, vnde mors equi intra triduum post contractum sequitur non inique obligari potest. n. 26. 27. 28.
Quaestio quarta. n. 29.
Equo mortuo contagium non amplius metuendum est. n. 30.

Rechts-

Rechtsgutachten.

Als die Herrn uns von demjenigen so bisher in Ansehung der zu leistenden Hauptmängel der Pferde in dasigen fürstlichen Landen verordnet und hergebracht ist, einen Aufsatz nebst einigen Fragen zugefertiget, und so wohl darüber von hiesigen öffentlichen Lehrern der Vieh-Arzneykunst ein Gutachten zu fordern uns aufgetragen als auch von uns darüber demnächst unsere Rechts-Meinung zu ertheilen begehret haben, demnach erachten wir u. s. w. den Gründen und Absichten einer vorsichtigen Gesetzgebung gemäß zu seyn:

Sind bisher in Fürstlich O—ischen Landen die Hauptmängel der Pferde gesetzlich dahin bestimmt daß sie wenn sie a) rotzig, b) räudig, c) wurmig, d) herzschlägig sind für dergestalt fehlerhaft gehalten werden, daß deshalb die Wandelung jederzeit zustehet, und hat es der Landesgebrauch mit sich gebracht, daß wenn sich innerhalb vier Wochen von Zeit des Kaufs an, einer dieser Mängel an einem Pferde nach dem Urtheile der Kunst-Verständigen (d. i. größtentheils nach dem Urtheile der Schmiede und Wasen-Meister) äussert, oder das Pferd fällt, und ein solcher Mangel durch Eröffnung des Cörpers dergestalt befunden wird, der Verkäufer schuldig und gehalten ist, entweder das Pferd zurück zu nehmen oder doch das Kaufgeld zu restituiren. 1

Wird diese Zeit die Gewährzeit genannt und ist dabey verordnet

Daß ein Thier, das so einen Mangel hat, dem Wasen-Meister mit Haut und Haar zugehören solle,

dergestallt

daß dieser auch der Regel nach gehalten ist, den Cörper mit Haut und Haar wahrscheinlich der befürchteten Ansteckung wegen zu vergraben,

Nun beruhet nach gemeinen Rechten die Beweisführung vornemlich darauf, ob die verborgenen Mängel schon zur Zeit des geschlossenen Contracts in dem Cörper des Pferdes vorhanden gewesen, und hat dieser Beweis wegen des Mangels der gewöhnlichen Beweismittel eine nicht geringe Schwierigkeit, welcher man durch eine Vermuthung zu statten zu kommen gesucht, daß nemlich wenn in einer bestimmten kurzen Zeit nach abgeschlossenem Vertrage, wozu die Rechtslehrer eine Zeit von 3 Tagen angenommen, einer der Hauptmängel an einem Pferde sich geäussert, die Vermuthung, daß solcher zur Zeit des Contracts vorhanden gewesen, so lange eintritt, bis der Verkäufer das Gegentheil dargethan: wiewohl auch von einigen dafür gehalten worden, daß solche Zeit nach der Eigenschaft gewisser Krankheiten am Pferde, und je nachdem selbige sich binnen einer gewissen Zeit zu äussern anfangen, noch genauer bestimmet werden könne.

Auch ist unter den Hauptmängeln insonderheit die Eigenschaft der sogenannten Herzschlägigkeit durch die verschiedenen davon gegebenen Erklärungen am meisten unbestimmt:

Bey solchen Umständen erwachsen nunmehr folgende Fragen:

erste Frage.

2 Ob die angezogenen Hauptmängel die in den Fürstlich O—ischen Landen gesetzlich bestimmt sind, die alleinigen sind, welche dafür gehalten zu werden verdienen, oder ob deren noch mehrere anzunehmen, und die Herzschlägigkeit insbesondere darunter zu zählen?

3 Ob nun wohl 1) nach gemeinen römischen Rechten ein jeder verborgener Mangel eines Pferdes, so dasselbe unbrauchbar macht, und zur Zeit des Contracts vorhanden gewesen, die so genannte Wandelung des Pferdes oder dessen Redhibition begründet,

L. 38. D. de Aedil. Ed.
L. 43. eod.

4 hergegen 2) solche nach alten teutschen Sitten, auf welche das sächsische Weichbild art. 97. sich beziehet, nur wegen drey Haupt-Mängel statt hat, wenn nemlich ein Pferd stätig, staarblind oder herzschlägig ist, welches diesem zufolge denn auch in Chur-Sachsen angenommen ist,

Carpzov def. for. P. II. C. 34. def. 17.

so wie auch ausserdem noch der Roß am Pferde nach verschiedener Rechtslehrer Meinung dahin gerechnet wird,

Richter dec. 95. n. 33.

und aus den gemeinen Rechten sowohl als aus teutschen Sitten noch mehrere Arten der Mängel als sonst in fürstlich O—schen Landen dafür anerkannt sind, angegeben werden können, bevorab nach gemeinen Rechten unter Hauptmängeln und andern schlechten Mängeln kein Unterschied gemacht, sondern nur darauf gegangen wird, ob ein Pferd wegen eines verborgenen Mangels, welcher zur Zeit des Verkaufs schon vorhanden gewesen zum Gebrauch untüchtig sey,

5 Dennoch aber und dieweil bey rechtlicher Erörterung vorstehender Frage insonderheit 1) auf den Unterschied eines Hauptmangels und eines andern gemeinen Mangels Rücksicht zu nehmen, indem solcher nicht bloß und allein darin beruhet, daß ein Pferd zu dem bestimmten Gebrauch unbrauchbar wird, als welches beyde Arten der Mängel unter einander gemein haben können, sondern der Unterschied unter beyden, im Rechtsverstande darin bestehet, daß derjenige Mangel eines Pferdes für welchen ein Verkäufer schlechterdings und ohne Rücksicht dessen, ob er ihn gewußt oder nicht gewußt habe, einzustehen schuldig ist, ein Hauptmangel genannt und auf diesen die Verordnung der gemeinen Rechte eingeschränkt wird, quod parum intersit emtoris, vtrum ignorantia venditoris fallatur, an vero eius calliditate

L. 1. §. 2. D. de Aedil. eidid.

6 Dahergegen 2) die übrigen Mängel eines Pferdes, für welche ein Verkäufer nur alsdann zu haften schuldig ist, wenn er solche wissentlich verschwiegen und solchergestalt sich eines Betrugs schuldig gemacht, oder auch wenn er für alle Mängel einzustehen

hen versprochen hat, unter die gemeinen Mängel gerechnet werden, weil bey diesen noch ein besonderer Grund der Verbindlichkeit dafür einstehen zu müssen entweder aus dem Betruge des Verkäufers oder aus dessen Versprechen hinzutritt, mithin der Verkäufer nicht schlechterdings und ohne Rücksicht auf seine Wissenschaft und auf sein Versprechen, wie bey einem Hauptmangel dafür zu haften gehalten ist,

Berger oec. iur. lib. 3. tit. 8. th. 6.
Mencke in synt. iur. civ. lib. 21. tit. 1. §. 4.

Und dann 3) der Grund der bey einem Hauptmangel eintretenden strengen Verbindlichkeit aus dem gemeinen Wohl und aus der billig zu bedenkenden Sicherheit der Käufer bey einem so wichtigen Handel, als der Pferde-Handel ist, hergeleitet und die Strenge des aedilitii edicti bloß auf die Haupt-Mängel eingeschränkt ist, so wie hergegen bey den übrigen sich entdeckenden schlechten Mängeln eines Pferdes der Grund der Verbindlichkeit nicht aus dem aedilitio edicto, sondern aus den bey jedem Kaufcontract eintretenden Rechte hergenommen ist, nach welchem ein Verkäufer für jeden Betrug, welcher in der Wissenschaft eines verborgenen Fehlers liegt, und für jedes überhaupt deshalb gegebene Versprechen zu haften schuldig ist; 7

L. 13. pr. D. de act. emt. vend.

Solchem zufolge 4) bey der gesetzlichen Bestimmung eines Hauptmangels am Pferde es a) darauf vornemlich ankommt, ob ein zur Zeit des Verkaufs verborgener Mangel eines Pferdes so geeigenschaftet ist, daß der Verkäufer auch, wenn er von selbigem gar nichts gewußt hat, dennoch in die strenge Verbindlichkeit dafür schlechterdings einzustehen, zu setzen sey, ausserdem aber auch b) bey diesem den Handel und allgemeinen Verkehr betreffenden Fall, zugleich auf die in den benachbarten Ländern geltenden Rechte einige Rücksicht deshalb zu nehmen ist, weil so ferne ein Verkäufer den Einkauf der Pferde in benachbarten Ländern zu thun hat, er den Regreß gegen seine eigenen Verkäufer verliehrt, wenn er wegen solcher neu bestimmter gesetzlicher Haupt-Mängel, welche dafür in den benachbarten Ländern nicht anerkannt sind, zu wandeln genöthiget wird, und derenthalben er eine gleiche Schadloshaltung bey seinen Verkäufern zu suchen nicht vermag, sondern weshalb ihm nur der schwere Beweis eines Betrugs wie bey einen schlechten Mangel nachgelassen verbleibt; 8

Nach solchen allgemeinen Gründen 5) die in den fürstlich O—ischen Landen gesetzlich bestimmten vier Mängel, nach den in dem von Kunstverständigen abgegebenen Gutachten ausgeführten physischen und auf Kenntniß der Pferde gebaueten Gründen für erhebliche Hauptmängel allerdings zu halten, indem die Krankheit des Wurms und der Räudigkeit, wenn gleich solche nach sächsischen Rechten nicht unter die Haupt-Mängel gerechnet werden, dennoch in Ansehung der Tödlichkeit und der Gefahr des Ansteckens mit der Krankheit des Rotzes von gleicher und von solcher Beschaffenheit sind, daß ein Verkäufer, um selbigen auf solche Krankheit und auf die Ursachen, welche sie veranlassen, desto aufmerksamer und vorsichtiger zu machen, in die strenge Verbindlichkeit dafür in jedem Falle einzustehen, billig gesetzet wird; 9

10 Eben sowohl auch 6) das Herzpochen, oder wie es gewöhnlich genannt wird, die Herzschlägigkeit, welche schon nach den meisten Landes-Rechten unter die Hauptmängel gerechnet ist, dafür gehalten zu werden verdienet und nur dabey, um der Unwissenheit der Pferde-Aerzte zu Hülfe zu kommen, darauf rechtliche Absicht zu nehmen, daß deren wahre Eigenschaft, wie sie nach Maasgebung des Urtheils der Kunstverständigen in einer aus Verkältung eines erhitzten Pferdes herrührenden und die Nerven der Lunge und des Zwergfells zugleich angreifenden Krankheit gesetzt ist, gesetzlich bestimmet werde,

11 Ausserdem noch hiebey 7) der Koller und die Mondblindheit eines Pferdes, welche nach sächsischen und mehreren Landes-Rechten unter die Hauptmängel gerechnet werden,

Gottfr. Mascov de redhibitione equorum in opusc. p. 395.

in Betracht kommt, und ob zwar bey beyden Fehlern die von Kunstverständigen deshalb gemachten Bedenken eintreten, daß sie theils heilbar sind, theils gewöhnlich nur durch die schlechte Behandlung der Vieh-Aerzte in die Gefährlichkeit ausarten, dennoch von der andern Seite nicht unerhebliche Gründe eintreten, beyde Fehler unter die Hauptmängel zu rechnen, weil a) bey der Voraussetzung daß diese verborgenen Krankheiten zur Zeit des Verkaufs schon bey einem Pferde befindlich gewesen, und sich nur erst nachher zu äussern angefangen, schon für gewiß anzunehmen, daß dem Verkäufer kein gesund Pferd verkauft und b) der Umstand, ob sie heilbar gewesen, und durch eine bessere Cur hätten gehoben werden können, bey dem Mangel geschickter Pferde-Aerzte sich schwer entdecken läßt, auch c) ein Verkäufer bey diesen in vielen Landrechten anerkannten Hauptmängeln in Ansehung des Regresses gegen seine etwaigen Verkäufer gedeckt ist, dahergegen wenn diese Krankheiten bloß unter die schlechten Mängel der Pferde gerechnet würden, dem Käufer selten eine Rechtshülfe übrig bleiben würde, weil der Verkäufer bey diesen verborgenen Fehlern selten einer davon gehabten Wissenschaft schuldig gemacht werden kann, welches der eine Haupt-Grund der bey einem schlechten Mangel zu suchenden Entschädigung ist;

12 Ferner 8) die Leber- Bauch- und Brust-Wassersucht eines Pferdes nach der Meinung der Kunstverständigen, unter dessen verborgene und tödliche Krankheiten zwar zu rechnen, jedennoch da solche unter die nicht so häufig vorkommenden Krankheiten eines Pferdes gehören, und kurze Zeit vor dem Tode eines Pferdes sich äussern, und fast keine Kennzeichen haben, auch deshalb in andern Landesgesetzen unter die Hauptmängel nicht gerechnet werden, daraus ein rechtlicher Grund erwächst, solche bloß unter die Zahl der übrigen verborgenen schlechten Mängel zu lassen,

13 Uebrigens 9) da vorstehende Frage, den bemerkten Umständen nach, nur allein die natürlichen Hauptfehler eines Pferdes betrifft, dabey des Civil-Mangels da das verkaufte Pferd ein gestohlnes ist, Erwähnung zu thun überflüssig seyn dürfte, indem dieserhalb eben so wohl wie wegen eines Hauptmangels, wenn auch gleich der Verkäufer dessen unwissend gewesen, die Gewährleistung nach gemeinen Rechten gegrün-

gründet, und auch deshalb dieser Mangel in den Churbraunschweig-Lüneburgischen Landen unter die Hauptmängel gerechnet ist,

Mascov l. c. p. 393.

als sind wir der rechtlichen Meinung,

Daß die in Fürstlichen O—ischen Landen gesetzlich bestimmten 4 Hauptmängel der Pferde, daß wenn sie räudig, rotzig, wurmig, und herzschlägig sind, mit Grund dafür zu halten, und die Krankheit der Herzschlägigkeit eine zur Notiz der Unterthanen zu bringende gesetzliche Erklärung und Bestimmung verdiene, ausserdem auch der Koller und die Mondblindheit unter die Hauptmängel mit Bestand zu rechnen, alle übrigen verborgenen und zur Zeit des Verkaufs schon vorhandenen Krankheiten eines Pferdes aber unter die schlechten Mängel zu rechnen derenthalben ein Verkäufer nur in den beyden Fällen, wenn er entweder solchen Mangel zur Zeit des Verkaufs gewußt und verschwiegen, der Käufer auch solches erweislich zu machen vermag, oder wenn derselbe vermöge eines eingegangenen Vertrags für alle Mängel des Pferdes einzustehen sich verpflichtet, die Gewähr zu leisten gehalten sey. 14

Zweyte Frage.

Was a) für eine Gewähr- oder Wandelungszeit nach der Natur der Krankheit bey jedem Hauptmangel bestimmt werden könne? und wenn b) sich ein Hauptmangel während der Gewährzeit findet, ob dennoch dem Verkäufer der Gegenbeweis 15

Daß der Mangel erst nach dem Verkauf entstanden sey?

freygelassen, oder ob gewisse Krankheiten von der Art sind, daß sie lange im Thier verborgen seyn müssen, ehe sie sich äussern können?

Wiewohl nun 1) bey Bestimmung der Gewährzeit darauf es vornemlich ankommt, daß dadurch die rechtliche Vermuthung dessen, daß ein Pferd mit der binnen solcher Zeit sich äussernden Krankheit bereits zur Zeit des Contracts behaftet gewesen sey, begründet werde, und dazu die in Fürstlich O—ischen Landen gesetzte Gewährzeit von 4 Wochen in Ansehung aller Hauptmängel für hinlänglich gehalten werden dürfte, weil nicht so wohl auf die Möglichkeit dessen, daß die Krankheit später ausbrechen könne, als vielmehr auf die Wahrscheinlichkeit, die auf dem, was am häufigsten geschiehet, beruhet, es hieben ankommen dürfte, 16

Sodann 2) es vortheilhaft scheinen mögte, die besagte binnen der Gewährzeit dafür eintretende rechtliche Vermuthung zu einer praesumtione iuris absoluta mit Ausschliessung des bemerkten Gegenbeweises zu machen, um die Weitläufigkeit des ohnedem schweren Gegenbeweises dadurch auf einmahl zu heben, 17

D. a. u. d. 1) die Hauptmängel eines Pferdes nach Maaßgebung des zugezogenen Raths der Kunstverständigen sich binnen gleicher Zeit nicht äussern, gleichwohl 18

bey

bey der Bestimmung der Gewährzeit ausserordentlich viel ankommt, weil aus dem binnen solcher Zeit sich zeigenden Ausbruch der Krankheit nicht nur die Vermuthung begründet werden soll, daß sie zur Zeit des Contracts schon vorhanden gewesen seyn müsse, dadurch also nicht nur der Beweis der Fehlerhaftigkeit des Pferdes zur Zeit des Contracts unnöthig gemacht werden soll, sondern auch davon die wichtige Folge abhängig gemacht wird, daß nach deren Ablauf der Käufer mit dem Anspruch auf die Gewähr überall nicht weiter gehöret werden solle, da dennoch die nach solcher Zeit sich erst offenbarende und zum Ausbruch kommende Krankheit nichts destoweniger zur Zeit des Contracts ihren Sitz bey dem Pferde bereits gehabt haben kann,

19 Solchemnach 2) der Natur der Sache für angemessener zu halten, die Gewährzeit nach der Eigenschaft jeder Krankheit, so weit deren Ausbruch, der Erfahrung nach, sich binnen gewisser Zeit zu äussern pflegt, zu bestimmen und festzusetzen,

20 mithin da 3) nach dem Gutachten der Roß-Aerzte und Pferdekenner die Krankheit des Rotzes binnen 6 Wochen, ferner die Räudigkeit binnen 2 bis 3 Monaten sich völlig zu äussern pflegt, bey jener die Gewährzeit auf 6 Wochen, und bey diesen und nicht weniger bey dem zu verschiedenen Zeiten bald früher bald später sich zeigenden Wurm auf 3 Monat zu bestimmen seyn dürfte,

21 Dahergegen 4) in Betracht dessen, daß bey der Herzschlägigkeit desgleichen bey dem Koller und bey der Mondblindheit die Zeit des Ausbruchs sich nach der Erfahrung nicht sicher bestimmen läßt, der rechtliche Grund wegfällt, von der in den Fürstlich O—ischen Landen zur Gewährzeit hergebrachten Frist von 4 Wochen abzugehen;

22 Inmittelst 5) in jedem Falle ein erheblicher Grund eintritt dem Verkäufer den Beweis des Gegentheils, und daß der Mangel erst nach dem Verkauf entstanden sey, vorzubehalten, indem a) die an sich zwar starke Vermuthung, daß die binnen der Gewährzeit ausbrechende Krankheit zur Zeit des Verkaufs im Cörper des Thiers bereits gesteckt habe und vorhanden gewesen sey, schon ihrer Art und Eigenschaft nach den Beweis des Gegentheils leidet, insonderheit aber b) der Rotz, die Räudigkeit und der Wurm aus verschiedenen Ursachen und bloß aus einem nach dem Verkauf erfolgten Anstecken entstehen, nicht weniger die Herzschlägigkeit durch schnelles Erkälten eines erhitzten Pferdes in wenig Tagen sich zeigen kann,

Folglich 6) es an einem Rechtsgrunde ermangelt, eine solche gesetzlich anzunehmende Vermuthung für eine praesumtionem iuris absolutam zu erklären, bevorab der Käufer durch die bey dem Ausbruch der Krankheit binnen der Gewährzeit ihm zu statten kommende Rechts-Vermuthung ohnedem eine große Rechtswohlthat gewinnet, indem er deshalb von dem Beweise dessen, daß der Hauptmangel zur Zeit des Contracts bey dem Pferde vorhanden gewesen sey, befreyet wird, dem er sonst nach den meisten Landesrechten unterworfen ist;

23 So wie auch 7) überall kein rechtlicher Zweifel vorhanden ist, daß wenn der Verkäufer erweislicher maassen in dolo gewesen diese kurze Gewährzeit überall in keinen

nen Betracht kommt und er solchen den gemeinen Rechten nach jederzeit zu prästiren schuldig ist,

als halten wir solchem allem nach dafür:

Daß a) die Gewährzeit zwar bey dem Rotze auf 6 Wochen und bey der Räudigkeit und dem Wurm auf 3 Monat nach der Natur dieser Krankheiten bestimmt werden könne, hergegen bey den übrigen Mängeln als der Herzschlägigkeit, desgleichen des Kollers und der Mondblindheit bey der hergebrachten Frist von 4 Wochen es nicht unbillig zu lassen, 24

jedoch daß b) in allen Fällen dem Verkäufer der Beweis des Gegentheils, und daß der Mangel erst nach dem Contract bey dem Pferde entstanden sey, nach allgemeinen Gründen des Rechts vorzubehalten sey.

Dritte Frage.

Ob in dem Falle, da ein Pferd an andern verborgenen Krankheiten, die keine Hauptmängel sind, umfällt, es billig sey, eine Gewährzeit von 3 Tagen zu vergönnen? 25

Ob nun zwar nach verschiedenen Landesrechten bey einem verborgenen schlechten Mangel keine Gewähr überhaupt zu leisten ist, dafern nicht der Verkäufer solchen wissentlich verschwiegen mithin in dolo gewesen, oder der Verkäufer für alle Mängel einzustehen versprochen: 26

Da aber gleichwohl 1) bey jeder andern Krankheit, die zur Zeit des Contracts bey dem Pferde befindlich gewesen, nicht allein ein gleicher Grund, wie bey einem Hauptmangel, sondern auch ein in den römischen Rechten bey dem Verkauf des Viehes überhaupt anerkannter Grund der zu leistenden Gewähr eintritt, 27

und 2) eine Gewährzeit von 3 Tagen zugleich auf die sehr starke Vermuthung dessen, daß solche Krankheit zur Zeit des Verkaufs im Cörper des Thieres bereits gewesen seyn müsse, so lange als das Gegentheil nicht erwiesen werden mag, gegründet ist,

Folglich 3) auch ausser dem Fall eines von dem Verkäufer begangenen doli, eine in der Natur der Sache und in gemeinen Rechten liegende Billigkeit zur Bestimmung einer ohnedem nur kurzen Gewährzeit vorhanden ist: 28

als halten wir eine solche Bestimmung der Billigkeit völlig gemäß.

Vierte Frage.

Was für Mängel und Krankheiten dergestalt für ansteckend zu halten, daß die davon befallenen Thiere nothwendig mit Haut und Haare vergraben werden müssen? 29

Wiewohl nun besonders der Rotz, in Ansehung der bey dem Leben eines damit behafteten Pferdes mittelst dessen Ausdünstung bewirkten sichern Ansteckens für eine so be- 30

bedenkliche Krankheit gehalten werden wollen, daß in verschiedenen Ländern so wie auch im Churbraunschweig-Lüneburgischen durch eine eigene Verordnung vom Jahr 1736 geschehen, das Verscharren der damit behafteten Pferde ernstlich verfüget worden:

Da aber gleichwohl die häufige Erfahrung welche durch angestellte Versuche unterstützt ist, bestätigt, daß keine Krankheit eines Pferdes auch nicht der Rotz, wenn ein Pferd umgefallen, weiter ansteckend ist, und die deshalb verfügte rechtliche Vorsicht als überflüssig anzusehen gewesen:

Als treten wir auch der von den Kunstverständigen geäusserten Meinung völlig bey:

Daß bey keiner Art der Krankheiten der Pferde ein Grund eintrete, das Verscharren der damit befallenen Pferde mit Haut und Haar zu verfügen. 1783.

Num. 140.

Num. 140.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.
De causis feudalibus.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Status causae. n. 1.
Quaestio. n. 2.
Causarum feudalium notio non satis definita est. n. 3.
Causae feudales sunt quae ex inuestitura descendunt, et dominum et vasallum, vel vasallos inter se concernunt. n. 4. 5. 6.
Nec interest vtrum res in possessorio vel petitorio tractetur. n. 7.
Eae vero causae quae feudum tantum concernunt nec tamen ex iure feudali vel pactis inuestiturae decidendae sunt pro causis feudalibus non habendae. n. 8. 9.
Disceptatio super oneribus feudi ad forum feudale pertinet. n. 10. 11. 12. 13. 14.
Quod tamen per obseruantiam saepe aliter se habet. n. 15.
Quaestionis decisio. n. 16.

Rechtsgutachten.

Als uns eine kurze Geschichts-Erzählung nebst einer Anfrage zugesandt, und wir darüber unser in den Rechten gegründetes Gutachten zu ertheilen gebeten worden, 1

Demnach erachten und erkennen wir nach fleissiger deren Verlesung und collegialisch gepflogener Erwägung den Rechten gemäß zu seyn:

Der Herr General-Major Freyherr von R. trägt vermöge Kaiserlicher Belehnung vom Jahre 1769 das lehnherrliche Eigenthum über die zu D. und B. gelegenen Reichsunmittelbaren After-Lehnstücke vom Kaiser und Reich zu Lehn, und da im Gefolg einiger Streitigkeiten die Gerichtbarkeit betreffend, vom Reichs-Hofrath erkannt worden:

> daß der Freyherr von R. bey jeder sich künftig ereignenden Feudal-Streitigkeit ein iudicium parium mittelst Zuziehung eines Rechtsgelehrten zu dessen legaler Direction ordentlich zu bestellen, sonach acta instructa ad impartiales exteros zum Spruche Rechtens zu versenden, und das einlangende Urtheil appellatione salua zu publiciren gehalten seyn solle,

so entstehet hiebey die Frage:

> Was eigentlich für Sachen und Vorfallenheiten, ad forum feudale zu referiren, und vor solchem zu decidiren seyn möchten? 2

3 Wiewohl nun verschiedene Streitsachen, welche ein Lehn betreffen, den Anschein einer Lehnssache gewinnen, und daher eine über eine Lehnsexpectanz, oder über die Absonderung des Lehns vom Erbe erwachsende Streitigkeit für eine Lehnssache zu halten zu seyn scheint, und eben aus dem unbestimmten Begriffe der Lehnssachen schon öfters die Collision zwischen den Civil- und Lehns-Gerichten daher erwachsen, daß entweder Sachen so vor die ordentlichen Civilgerichte gehören, vor die Lehngerichte, oder hinwiederum wahre Lehnssachen vor die ordentlichen Gerichte gezogen worden, wovon

Henr. Hildebrandt de recursu in ordinato ad curias feudales in causis non feudalibus.

Tob. Reinhardt de iurisd. allod. et feudalis conflictu.

besonders gehandelt;

4 Dennoch aber und dieweil die Lehngerichtbarkeit als eine auf besondern Rechts-Gründen beruhende Gerichtbarkeit zu betrachten ist, welche selbst nach Vorschrift der Kaiserlichen Wahl-Capitulation art. 22. §. 1. nur in den dahin nach den Lehnrechten gehörigen Fällen begründet wird, unter solche Fälle aber

I) alle Sachen gehören, welche Rechte und Verbindlichkeiten betreffen, so aus der geschehenen Lehnsverleihung herrühren, und vornemlich den Lehnherrn und Vasallen oder die von eben dem Lehnherrn abhängende Vasallen unter einander angehen, folglich eine Sache nur alsdann für eine Lehnssache zu halten,

wenn 1) dabey eine Lehnsverleihung zum Grunde gelegt werden kann, cum sine inuestitura non constituatur feudum,

I. F. 25. II. F. 11.

ferner 2) die Streitigkeit solche Rechte und Verbindlichkeiten betrifft, welche aus dem Lehne erwachsen, sie mögen aus den Lehnrechten oder aus den Lehnsverträgen herrühren,

II. F. 2. §. 2. 3.

und entweder das ganze Lehn oder doch einen Theil desselben oder ein daran erhaltenes Recht angehen;

I. F. 12. II. F. 43.

und 3) solche Streitigkeit vornemlich zwischen Lehnherrn und Vasallen, oder zwischen den unter einerley Lehnhofe stehenden Vasallen oder Mitbelehnten unter einander erwachsen,

I. F. 23. II. F. 16. 26. 39. 43. 55. §. 5.

5 Solchem zu Folge II) diejenigen Sachen, welche von der Beschaffenheit sind, daß sie zwischen Lehnherrn und Vasallen oder unter diesen allein de re vel facto feudali verhandelt werden, unter die unstreitigen Lehnssachen zu rechnen;

Huld. ab Eyben de causis feudal. Sect. 1. n. 6. in operib. p. 657.

Rosenthal de feud. cap. 12. concl. 1. num. 5. seq. et concl. 3.

Struui-

Struvius in synt. iur. feud. cap. 16. aph. 5.

und daher a) alle Forderungen und Ansprüche, welche das lehnherrliche Eigenthum und andere lehnherrliche Befugnisse, und hinwiederum das nutzbare Eigenthum des Vasallen und die darunter begriffene Rechte, ferner die Belehnung selbst oder Erneuerung der Belehnung und die dabey zu entrichtende Lehnwaare und was dahin einschlägt, weiter die vom Vasallen zu beweisende Treue und die ihm obliegenden Lehndienste, die Pflicht der Vasallen die lehnherrliche Einwilligung zur Veräusserung oder Verpfändung des Lehns nachzusuchen, und die dabey zu leistenden Lehns-Gebühren zu entrichten, nicht minder alle Sachen, so die Lehnsfehler, Felonie und Caducität, folglich alle zwischen Lehnherrn und Vasallen von wegen des Lehngutes obwaltende Rechte und Verbindlichkeiten angehen, unter die Lehnssachen gehören,

Eyben l. c. p. 662.

und eben sowohl b) alle zwischen den unter einerley Lehnhofe stehenden Vasallen oder Mitbelehnten entstehende Irrungen, welche auf deren eigene oder der Vorfahren Belehnung sich gründen, und das vermöge der Belehnung abzutretende Lehn, oder die daran erlangte Lehnfolge, und die darauf beruhenden Revocations-, Retracts- oder Reluitions-Rechte oder die Vertheilung der Lehne unter ihnen betreffen, von gleicher Eigenschaft sind, und vor das Lehngericht gehören; 6

Auch c) bey solchen Lehnssachen ein Unterschied, ob sie in petitorio oder in possessorio in Anspruch gezogen werden, mit Bestande nicht gemacht werden kann, immaßen die in den remediis adipiscendae, retinendae vel recuperandae possessionis angebrachten Klagen in Ansehung der Verbindung, worin sie mit dem vor das Lehngericht unstreitig gehörigen petitorio stehen, in ebendemselben Lehngerichte deshalb anzubringen sind, weil die gemeinen Rechte die causam petitorii et possessorii vor einerley Gerichte zu erörtern verordnen, und die Partheyen von Amts wegen für sträflich erklären, qui alium super possessione et alium super principali quaestione iudicem postulaverint, 7

L. 10. C. de iudiciis.

auch dahin die Verordnungen des Iuris Canonici in

C. 1. 2. 3. 6. X. de causa propriet. et possess.
Clem. vnic. eod.

abzielen, und daher die Meinung der Rechtslehrer für gegründeter zu halten, nach welcher die auch über den Besitz einer Lehnssache unter dem Lehnherrn und Lehnmanne oder unter den Vasallen vorwaltenden Streitsachen nach gleichem Rechte, wie die Lehnssachen selbst, in dem Lehngerichte allein zu erörtern sind,

Rosenthal de feud. cap. 12. concl. 12.
Eyben de caus. feud. p. 665.
Struvius in synt. iur. feud. c. 16. aph. 4.
Vulteius de feud. lib. 2. c. 3. n. 40.

8 Dahergegen III) nicht jede Sache, die bloß ein Lehn zum Gegenstande hat, aus den Lehnrechten oder Lehnsverträgen aber nicht herrühret und zu entscheiden ist, für eine Lehnssache zu halten ist, quamquam enim de feudo, id est, obiectiue, disceptetur, si tamen non ex lege feudi, lis orta diiudicanda est, causa minime feudalis est,

de Cramer obs. iur. tom. II. obs. 506.

ferner auch die von wegen des Lehns erwachsenden causae ciuiles, da von keiner aus den Lehnsverträgen oder Lehnrechten herrührenden Befugniß oder Verbindlichkeit, mithin nicht de re et facto feudali die Frage ist, und solche weder unter Lehnherrn und Vasallen, noch auch unter den conuasallis verhandelt werden, vor das Lehngericht nicht gezogen werden können,

Kaiserliches offenes Patent wegen verbotenen recursus in causis ciuilibus an die Lehnshöfe apud *Cramerum* loc. cit T. I. obs. 47. p. 190.

Solchem zu Folge 1) Streitsachen, so bloß Lehnsfrüchte, als welche zum Erbe 9 gehören, oder auch die Verpachtung oder Verwaltung des Lehns angehen, keine Lehnssache ausmachen, und eben so wenig

2) Irrungen, so über eine bloße Lehns-Expectanz entspringen, weil diese ein feudum adhuc constituendum betrifft, oder

3) die bloß über die Frage entstehen, ob eine Sache zum Lehne oder zum Erbe gehöre, unter die Lehnssachen zu rechnen, und deshalb auch die zu suchende Absonderung des Lehns vom Erbe keine causa feudalis ist,

de Cramer T. 1. obs. 393.

auch deshalb 4) eine Klage, worin ein Lehn von einem Dritten, der es nach Erbrecht besitzt, vindiciret wird, vor den Lehnhof nicht gehöret,

Mynsinger Cent. 5. obs. 75. n. 6. 7.
Schrader de feud. P. 10. Sect. 6. n. 135.

imgleichen eben so wenig 5) Forderungen, so aus Allodial Schulden, oder aus irgend einem andern das Lehn nicht angehendem Contracte unter den Lehnherrn und Vasallen oder unter den Vasallen unter einander, oder von einem Dritten gegen den Vasallen gemacht werden, die Eigenschaft einer Lehnssache nicht für sich haben;

10 Dahergegen IV) es eine andere und nicht so sichere Beschaffenheit mit den Forderungen hat, welche zwar einem Dritten, der kein Lehnmann ist, angehen, jedoch entweder auf dem Lehngute vermöge eines lehnherrlich bewilligten Pfandrechtes haften, oder doch aus den Lehnrechten und kraft lehnherrlicher Bewilligung jeden Vasallen als Besitzer des Lehns treffen, worunter besonders die von den Töchtern zur Abfindung aus dem Lehne, oder von den Wittwen auf ihren Wittwen-Gehalt gemachten Ansprüche und überhaupt alle consentirten Lehnsschulden zu rechnen; immaßen die Frage, ob solche für Lehnsschulden zu halten, daher streitig geworden, weil in den Longobardischen Lehnrechten von der Verbindlichkeit des Vasallen, solche Schulden aus dem Lehne zu bezahlen, keine hinlängliche Verordnung enthalten, und davon, ob sie vor das

das Lehn- und Mannen-Gericht gehören, keine Erwähnung geschehen ist, welche Lage der Sache denn eine grosse Verschiedenheit der Meinungen sowohl als auch eine sehr abweichende Gerichts-Observanz hierin veranlaßt hat,

11 indem 1) viele Rechtslehrer dafür halten, daß die über Lehnsschulden, oder über Lehns-Hypotheken entstehenden Irrungen vor das Lehngericht nicht zu ziehen seyen, weil a) Forderungen welche deshalb an das Lehn gemacht werden, einen Gläubiger, der kein Lehnmann ist, z. E. eine Tochter, oder Wittwe, oder einen dritten Gläubiger angehen, und nur solche Streitsachen, die unter den Convasallen oder unter dem Lehnherrn und einem Lehnmanne vorfallen, die Eigenschaft einer Lehnssache gewinnen,

Hertius Vol. I. cons. 496. n. 10.

ferner b) solche Forderungen, wenn sie gleich auf dem Lehne haften, dennoch in Ansehung des Gläubigers für Allodial-Forderungen an das Lehen anzusehen, wobey c) angeführt zu werden pflegt, daß ein Dritter, der kein Lehnmann ist, den Lehn- und Mannen Gerichten nicht beywohnen, und deshalb dessen Forderungen vor einem Lehngerichte nicht angebracht werden können,

Pufendorf obs. iur. T. 4. obs. 174. §. 5.

wie dann d) von der Reichs-Ritterschaft selbst gegen die Lehnhöfe der Reichsstände, von welchen sie Lehngüter tragen, die Meinung behauptet worden, daß Lehnschulden für Lehnssachen nicht zu achten seyen;

Henr. Hildebrandt de recursu inordinato ad curias feudales in caussis non feudalib. §. 10.

Io. Frid. Kobius in comment. de pecunia mutuatitia tuto collocanda §. 93.

12 dahergegen 2) dafür, daß solche Lehnschulden für wahre Lehnssachen zu halten, folgende Gründe eintreten, weil a) die ermangelnde Verfügung der longobardischen Lehnrechte hiebey deshalb in keinen Betracht kommen kann, da die nach jetzigen Rechten auf dem Lehne ruhenden Schulden nicht aus den longobardischen sondern aus teutschen Lehnrechten, Sitten und Gebräuchen originiren, und da selbst in den longobardischen Rechten eine Art der Lehnschuld, welche nemlich die Abfindung eines Taubstummen aus dem Lehngute betrifft, in

I. F. 6. in fine.

bestimmt ist, deshalb aber kein gegründeter Zweifel sich machen läßt, daß diese lehngesetzliche Schuld von dem Lehnherrn nicht habe bestimmt werden können; hiernächst b) bey einer Lehnschuld von einer, von wegen des Lehns erwachsenden Verbindlichkeit die Frage entsteht, welche entweder aus den teutschen Lehnrechten und Gewohnheiten, als welche bey der Abfindung der Töchter und Wittwe eintreten, oder aus einem mit lehnherrlicher Einwilligung eingegangenen Lehnsgeschäfte herrühret, mithin in den Lehnrechten und Lehnsgeschäften gegründet, und deshalb der Lehnsgerichtbarkeit unterworfen ist, quaelibet enim actio, quae ex lege et obligatione feudali instituitur, in foro feudali moueri potest.

Schra-

Schrader in tract. feud. P. 10. Sect. 1. n. 68.
Rosenthal de feud. cap. 12. concl. 12. n. 96.

13 und wenn gleich c) die Forderung des Gläubigers an das Lehn, sie mag aus einem dinglichen oder aus einem persönlichen Rechte herrühren, an und für sich und in Rücksicht des Gläubigers, der kein Lehnmann ist, für allodial zu halten, dennoch solche theils in Ansehung des nur bemerkten Grundes, nach welchem sie aus den Lehnrechten oder aus einem Lehnsgeschäfte herrühret, theils in Ansehung des Beklagten, der hiebey nicht als Schuldner sondern als Inhaber des Lehns in die Verbindlichkeit zum Abtrage der Lehnschulden gesetzet wird, theils in Absicht des Lehns selbst, auf welchem die Schulden ruhen, und derenthalben die Gerichtshülfe in das Lehn selbst vollstreckt werden kann, die qualitatem feudalem für sich hat, weshalb sie der Lehngerichtbarkeit für unterworfen zu halten, und hiebey die Analogie der Rechte, wornach andere Streitsachen beurtheilet werden, eintritt, indem geistliche und weltliche Sachen, und unter den weltlichen Bergwerks-, Handels- und andere ähnliche Sachen aus der Natur und Eigenschaft der Forderung und des Gegenstandes ihre Bestimmung erhalten; hie-14 mit auch d) die alten teutschen Lehnssitten und Gewohnheiten übereinstimmen, aus welchen

Senckenberg in primis lineis iur. feud. §. 429.

bemerket, dominum in omnibus feudum concernentibus, adeoque etiam causis debitorum feudalium, inprimis tum, quando ad immissionem vel distractionem feudi deueniebatur, adeundum fuisse, diesem auch nicht entgegenstehet, daß bey einem Mannen-Gerichte nur allein die Lehn-Mannen Beysitzer seyn können, immaßen dieses nicht gehindert, daß ein Kläger, der kein Lehnmann gewesen, seine Forderung gegen einen Lehnmann vor dem Mannen-Gerichte anbringen mögen, und dann bey solchen eintretenden Gründen zwar die Meinung der Rechtslehrer für gegründeter zu halten, daß wenn Ausstattung der Töchter aus dem Lehne, Versorgung der hinterlassenen Wittwen und anderer wahren Lehnschulden halber Irrungen entstehen, solche für Lehnssachen zu halten,

Ludovici Einleitung zum Lehnsprocesse cap. 1. § 4.
Fleischer in Instit. iur. feud. cap. 22. §. 2. num. 8.
Estor de iurisdict. clientel. Germ. c. 6. §. 33. n. 5.
Gabr. Wolff in element. iur. feudor. cap. 20. §. 2.

15 Immittelst 3) bey dieser Art der Lehnssachen zugleich auf die an jedem Orte hergebrachte Observanz, als auf eine in streitigen Gerichtbarkeits-Sachen überhaupt oft eintretende Norm, um so mehr Rücksicht zu nehmen ist, als selbst die Gerichts-Observanz verschieden ist, und solche Verschiedenheit aus den verschiedenen Meinungen der Rechtsgelehrten und aus dem verschiedenen Interesse der unter einander collidirenden Lehngerichte und Civilgerichte erwachsen;

Als sind wir der rechtlichen Meinung:

16 daß die bisher ausgeführten Streitsachen zufolge der angeführten Gründe vor

vor das Lehngericht gezogen und daselbst mit rechtlicher Befugniß erörtert und entschieden werden können. 1781.

Num. 141.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

De feudo decimarum et quatenus pertineat ad nouales.

Argvmenta specialia.

Species facti. n. 1.
Quaestio prima. n. 2.

Rationes dubitandi.

Concessio iuris decimandi laicis indefinite facta, restrictiue interpretanda. n. 3.
Itaque ad nouales non extendenda. n. 4.
Quarum perceptio ad episcopalia iura pertinet. n. 5.
Nec ex perceptione earum interdum decimatori concessa, valet conclusio intuitu ceterorum. n. 6.
Inprimis si actus contrarii allegari possunt. n. 7.

Rationes decidendi.

Ius decimandi vniuersale concessum est, si in litteris inuestiturae, ius decimandi per aliquem districtum vniuersaliter datum est. n. 8.
Inprimis, antiquissimarum litterarum inuestiturae ratio habenda est. n. 9.
Pars iisdem iuribus fruitur quae toti rei competunt. n. 10.
Ius decimandi vniuersale per certum districtum, ad nouales pertinet. n. 11. 12
Idque omni fere dubio caret si infeudatio facta est cum decimis earumque pertinentiis. n. 13.
Imprimis si obseruantia interpretatiua accedit. n. 14.
Ius decimandi laicis competens, tum demum stricte interpretandum, si rationabilis causa interpretationis extensiuae deest. n. 15
Decimarum noualium perceptio nec episcopo nec principi absque causa speciali competit. n. 16.
Possessio contra quosdam ex vniuersitate obtenta, contra vniuersitatem ipsam vim habet. n. 17. 18.
Ius decimandi ratione districtus, vniuersale esse potest, etsi intuitu certorum fructuum non competat. n. 19.
Quaestionis decisio. n. 20.
Quaestio secunda. n. 21.
Ius decimas nouales percipiendi per praescriptionem extinctiuam amitti non potest. n. 22. 23.
Praescriptione acquisitiua longi temporis, si contradictioni acquieuerit decimator, immunitas acquiri potest n. 24.
Etiam per praescript. longissimi temporis etiamsi titulus deficiat. n. 25.
Quaestionis decisio. n. 26.
Quaestio tertia. n. 27.
In rebus singularibus, res non cedit in locum rei n. 28.
Ius decimatoris vniuersalis omnes intra quendam districtum sitas terras afficit. n. 29.
Terrae noualis notio. n. 30.
Quaestionis decisio. n. 31.

Rechtsgutachten.

Als uns eine Geschichtserzählung nebst einigen Fragen zugesandt, und wir darüber, unsere in den Rechten gegründete Meinung zu ertheilen gebeten worden;

Demnach erkennen und erachten wir nach fleissiger deren Verlesung und collegialisch gepflogener Erwägung den Rechten gemäß zu seyn:

1 Sind die Freyherrn von D. und P. und deren Vorfahren von dem adlichen Hause M. mit dem Zehnten zu W. belehnt; in dem ältesten Lehnbriefe heißt es deshalb, belehnen wir die von D. mit dem halben Zehnten zu W., mit seinem Zubehör, und als dieselben nachher auch die andere Hälfte acquirirt ist der Zusatz hinzugefügt, über das ganze Dorf W. und sind die Lehnbriefe seitdem immer auf gleiche Weise abgefaßt, —

Diese Vasallen haben seit undenklichen Jahren daher sowohl den Frucht- als Blutzehnten zu W. gezogen, auch haben solche von der W—er Masch als von einem Grasgrunde, wenn solcher umgebrochen und besäet den Blutzehnten gezogen, hingegen von den Garten-Früchten und Heu keinen Zehnten gehoben, wie denn solches im Münsterischen und den benachbarten Landen überall nicht üblich ist, auch haben selbige aus dem zum Dorf W. gehörigen Moraste den Buchweitzen-Zehnten nicht gezogen, sondern damit bis jetzt deshalb nachgesehen, weil die seit einigen Jahren unternommene Aptirung dieser Aecker mit ungemein vieler Mühe für die Arbeiter verbunden gewesen,

Die Marcal-Gerichtbarkeit über alle Marken des Stifts Münster gebührt, wenn kein anderer sie hergebracht, dem Landesherrn, so auch über die W—er Mark, und ziehet derselbe deshalb den dritten Theil des Preises wenn die Gemeinheiten aus ihren Marken etwas verkaufen,

Nun hat einer der zehntpflichtigen zu W. aus der zum Dorf gehörigen Mark ein Grundstück angekauft, welches so nahe an dem zehntpflichtigen Lande gelegen, daß es davon nur durch einen schmalen Weg getrennt ist,

Nach zehnjähriger Cultur fordert der decimator vniuersalis den Zehnten von diesem Grundstücke, dessen Entrichtung jedoch der Besitzer deshalb verweigert, weil 1) der decimator ein Laye sey welchem der Noval-Zehnte nicht gebühre, auf den nur der Bischof und Landesherr Anspruch machen könne, und ihm es nicht präjudiciren könne, wenn etwa einer und der andere von dergleichen Lande den Zehnten entrichte,

2) weil vor W. einige Kämpe, und sogenannte Vehn- und Dullgarten wären, welche seit langer Zeit mit zehntbaren Früchten bebauet aber nie ausgezehntet wären, woraus erfolge daß nicht die ganze Mark zehntpflichtig sey,

Es vermeinen jedoch die Zehntherren vermöge ihrer ersten Lehnbriefe, wie auch deshalb weil durch dergleichen Ausweisung die Vieh-Weiden und das Plaggematt zur Düngung der Aecker vermindert werde, jetzt davon die Zehnt-Entrichtung fordern zu können,

können, zumahl da nicht zu leugnen steht, daß von andern aus dem Marken-Grunde gebrochenen Aeckern der Gemeinde W. der Zehnte gezogen wird, hingegen der Bischof nie den Novalzehnten in der Mark W. sich angemaasset hat, endlich die Behn- und Dullgärten theils wahren Garten- und Wiesen-Grund enthielten, theils aber auch aus selbigen wenn darin Korn-Früchte gebauet, der Zehnte erhoben ist: Es entsteht daher die

Erste Frage.

Ob den belehnten Zehntherren aus vorangeführten und andern rechtlichen Ursachen der Noval-Zehnte von den aus gemeiner W—er Mark zur Cultur gebrachten Gründen, nach zehnjähriger Cultur derselben gebühre, wenn schon maior pars communitatis noch keinen Marcal-Grund zur Cultur gebracht? 2

Ob nun wohl verschiedene Gründe in Betracht kommen, nach welchen die Belehnung des Zehntens über das ganze Dorf W., welche die Zehntherren zu ihren Antheilen unter verschiedenen Ausdrücken erhalten, auf die Befugniß den Noval-Zehnten zu W. zu erheben, nicht zu ziehen zu seyn scheinet, 3

indem 1) alle aus den Lehnbriefen angeführte Formeln, unter welchen gedachter Zehnte verliehen worden, in so weit unbestimmt sind, daß sie den Noval-Zehnten weder ausdrücklich, noch auch in gleichbedeutenden und das unbebauete Land betreffenden Ausdrücken bezeichnen;

und dann 2) dergleichen unbestimmte Verleihung des Zehntens, in so fern sie denen vom Layenstande geschehen, eine strenge und einschränkende Auslegung deshalb erfordern will, weil die vom Layenstande des Zehntrechts eigentlich für unfähig in den canonischen Rechten geachtet werden,

C. 19. et c. vlt. X. de decimis.

und daher eine Belehnung mit dem Zehnten, wenn ein Laye solche erlangt, als eine aus Nachsicht ertheilte Verleihung angesehen, und solche von dem eigentlichen Zehnten, so von schon bebauetem Lande zu erheben, nach einer strengen Auslegung erkläret wird; occasione enim decimationis antiquae, licet in feudum decimae sint concessae, decimae noualium non sunt vsurpandae, cum in talibus non sit extendenda licentia, sed potius restringenda,

C. 25. X. de decimis.

und wenn gleich 3) diejenigen, denen das Zehntrecht aus gemeinen canonischen Rechten gebühret, den Rottzehnten vermöge dieser Auslegungs-Regel fordern mögen, quod vbi maius concedatur, minus quoque concessum esse videatur, 4

C. 27. X. de decimis.

dennoch solche Auslegungs-Regel bey dem Layen-Zehnten die Anwendung verliere, weil dessen Verleihung nach der Strenge von dem Hauptzehnten zu erklären sey,

Gonzalez ad c. 30. X. de decimis n. 3.

 Pich-



Pichler in iur. canon. p. 627.
Barthel de decimis Sect. 6. n. 6. tom. 2. op. p. 766.

5 Vielmehr 4) in solchem Falle, wo bloß der Hauptzehnte verliehen ist, die Erhebung des Noval-Zehntens nach gemeinen Rechten zu beurtheilen, und solche unter die bischöflichen Rechte zu rechnen seyn möchte;

6 Hierwider auch 5) daraus, daß einige aus der Gemeinheit den Rottzehnten aus ausgebrochenem Lande wirklich geleistet, eine dem Zehntherren vortheilhafte Observanz nicht herzuleiten zu seyn scheinet, weil solches als Handlungen unter Anderen zu betrachten, die denjenigen, so Marcal-Gründe zur Cultur zu bringen suchen, zum Nachtheile nicht gereichen können;

7 Bevorab 6) der größte Theil des Marcal-Grundes zur Cultur noch nicht gebracht worden, und daher an der Einwilligung des grössern Theils der Gemeinheit zu W. in die Ableistung des Rottzehntens es ermangele;

Ueberdem 7) an der Eigenschaft des Universal-Zehntens über die ganze Mark zu W. ein Zweifel daher gemacht werden will, daß unterschiedliche Kämpe und sogenannte Behn- und Dullgärten darin belegen sind, welche nach Aussage einiger Zeugen mit zehentbaren Kornfrüchten seit vielen Jahren besetzet, und nicht gezehntet worden;

Solchemnach, daß den belehnten Zehntherren der Rottzehnten in der W—er Mark nicht gebühre, es einigen Anschein gewinnet;

8 Dennoch aber und dieweil 1) der den belehnten Vasallen zustehende Frucht- und Blut-Zehnte zu W. in Ansehung des Districts, über welchen er ihnen verliehen ist, die volle Eigenschaft eines iuris decimandi vniuersalis für sich hat;

anerwogen a) der in den Lehnbriefen enthaltene Ausdruck:

des Zehntens über das ganze Dorf W.

sowohl nach der Natur der Zehnt-Gerechtigkeit, nach welcher das zu dem Dorfe gehörige Land darunter zu verstehen, als nach dem deutlichen Wortverstande des ganzen Dorfes, welches das Dorf in seinem ganzen Umfange und die dazu gehörige Markung bezeichnet, den Zehnten über die Dorfs-Gemarkung andeutet; ius vero decimandi vniuersale est quod per vniuersum pagi districtum competit,

Harpprecht de iure decimatoris vniuersalis § 9.

et villae nomine comprehenditur districtus ad villam pertinens cum agris, campis, pratis et boscubus;

Knichen de iure territ. cap. 4. n. 128.
Pufendorf de iurisd. Germ. P. 2. Sect. 5. cap. vii. §. 25.

9 Und wenn gleich b) die nur erwähnte Lehnsformel nur in den ältesten Lehnbriefen des Freyherrn von D. und P. vorkömmt, und in den jüngern Lehnbriefen oft nur die Belehnung mit dem Zehnten zu W. geschehen, dennoch die ältesten Lehnbriefe, weil sie die primam constitutionem feudi enthalten, hierbey den sichern Grund der

Aus-

Auslegung und die hauptsächliche Bestimmung des den Vasallen gebührenden Rechts enthalten, bevorab die jüngeren Lehnbriefe in dem allgemeinern Ausdrucke doch nur eben dasjenige, was die ältern bestimmter ausdrücken, besagen,

Rosenthal de feud. cap. 6. concl. 69. n. 16.
Schrader de feud. P. 5. c. 2. n. 37.
Buri Erläuterung des Lehnrechts p. 204.

eben so wenig auch diesem c) entgegensteht, daß in den O—schen Lehnbriefen die Belehnung nur mit dem vierten Theile des Zehntens zu W. geschehen, ohne dabey des ganzen Dorfs Erwähnung zu thun, anerwogen eines Theils solche unbestimmte und ohne alle Einschränkung geschehene Verleihung dem Sinne und Verstande nach, der in allgemeinern Ausdrücken bezeichneten Belehnung des Zehntens über das ganze Dorf gleichbedeutend ist, cum propositio indefinita aequipolleat vniuersali; andern Theils die O—ischen Antheile an diesem Zehnten ihre Erklärung aus den übrigen Antheilen an diesem Lehne erhalten, indem solcher vierte Antheil an dem Zehnten pro parte quota et indiuisa verliehen, und in dem Maaße bisher besessen worden, mithin der ursprünglich O—ische vierte Antheil dieses Zehntens mit dessen übrigen drey Viertheilen, mit welchen er ein Ganzes ausmacht, gleiche Rechte und Eigenschaft hat; 10

Hiernächst 2) solches zu Lehn gereichte Zehntrecht über das ganze Dorf W., als ein ius decimandi vniuersale, das Recht auf den Rottzehnten in der W—er Dorf-Mark unter sich begreift, anerwogen auch die Verleihung des Zehntrechts, so denen vom Layenstande geschehen, selbst nach den canonischen Rechten auf den Noval-Zehnten geht, si rationabilis causa ostendatur, per quam appareat, noualium ad eos decimas pertinere, 11

C. 29. X. de decimis.

solche vernünftige und erhebliche Ursache aber nicht in der Eigenschaft des Besitzers, als welche dadurch daß ein Laye mit dem Zehnten belehnt ist, hinlänglich gebilligt und anerkannt worden, sondern allein in den Gründen enthalten seyn kann, aus welchen die Verleihung des Zehntens, von deren Auslegung die Frage ist, von dem Rottzehnten zugleich zu verstehen; unter solche vernünftige Auslegungs-Gründe in gegenwärtigem Falle

a) die Natur und Eigenschaft des den decimatoribus verliehenen iuris decimandi vniuersalis über das ganze Dorf W. gehöret, indem solches auf der ganzen Mark des Dorfes, mithin auf allem und jedem dazu gehörigen Lande, zu welcher Zeit es ausgebrochen wird, so lange keine Ausnahme dargethan werden kann, gegründet ist, 12

Struben in Nebenstunden Th. 5. Abh. 35. §. 12.

in mehrerem Betrachte daß bey dieser Art der Verleihung des Zehntens über das ganze Dorf nicht bloß das in

C. 27. X. de decimis.

enthaltene argumentum a maiori ad minus, sondern der allgemeine Auslegungs-Grund seine Anwendung erhält, nach welchem die Verleihung des generis auf alle species, und ein über einen ganzen District verliehener Zehnte auf alles darunter begriffene Land gehet, nam formula infeudationis decimarum, per integrum districtum constitutae, cum nihil excipiat, ad omnis generis agros, cultos et incultos pertinet, ideoque non modo decimas in specie sic dictas, sed et nouales in feudum datas esse, et ius decimandi plenum datum esse designat,

> *Ad. Ludov. Boehmer* in diss. sub praesid. *Nettelbladtii* de feudo decimarum, quoad pertineat ad nouales §. 19.

13 Darneben b) die Lehnsformel:

> des Zehntens zu W. mit seinem Zubehöre,

welche in dem ältesten Lehnbriefe vom Jahre 1433 bey dem dem Freyherrn von D. verliehenen Antheile enthalten ist, in rechtlichen Betracht kömmt, anerwogen das Zehntrecht, seiner Art und Eigenschaft nach, kein anderes Zubehör hat, als den von ausgebrochenem Lande dereinst zu erhebenden Zehnten, wie dann solches Zubehör des Zehntens in andern Formeln der Lehnbriefe durch den Zusatz des von dem aus unbesuchtem oder uncultivirtem Lande zu ziehenden Zehntens erklärt wird, und solches die ähnlichen Formeln der Lehnbriefe:

> den Zehnten mit aller Zubehörung, besucht und unbesucht,

desgleichen:

> den Zehnten mit allen seinen Zugehörungen im Dorfe und Felde, besucht und unbesucht,
>
> in *Christ. Schoettgen* diplomat. medii aeui tom. 3. p. 666. et p. 754. et *Boehmeri* diss. l. c. §. 19.

ergeben, ein gleiches auch die Formeln in lateinischen Lehnbriefen decimae cum omnibus suis pertinentiis tam in exquisitis, quam non exquisitis

> in *Gudeni* Cod. diplomat. tom. 1. p. 838.

bestätigen; solchemnach schon der älteste Lehnbrief unter der Benennung des Zehntens mit seinem Zubehöre den Noval-Zehnten begriffen, und solcher, als der Grund aller folgenden Belehnungen, zugleich den rechtlichen und vernünftigen Grund enthält, die fortgesetzte Verleihung des Zehntrechtes von dem darunter begriffenen Novalzehnten zu erklären;

14 nicht minder c) ein gleichmäßiger rechtlicher Grund der Auslegung in der bisher beobachteten Observanz enthalten ist, cum consuetudo et obseruantia sit optima interpres concessionis,

> C. 8. X. de consuetud.

et ideo probetur ius decimandi pertinere ad decimas noualium, ostendendo, quod quis hactenus ex exsurgentibus noualibus semper solitus fuerit decimas percipere,

Bar-

Barthel de decimis cap. 6. n. 4. tom. 2. op. p. 763.

gleichwohl die belehnten decimatores von solcher Observanz, nach welcher die Besitzer der aus der W—er Mark zur Cultur gebrachten Länderenen, nach deren 10jähriger Cultur, den Fruchtzehnten geleistet, den Beweis hinlänglich geführet, und theils verschiedene Fälle, in welchen die Ableistung des Noval-Zehntens von solchem ausgebrochenen Lande angelobet worden und wirklich geschehen, theils die Länge der Zeit, seit welcher schon von vielen Jahren es so gehalten worden, aus dem bengelegten instrumento iudiciali, ferner aus einem documento notariali, nicht minder aus den bestimmten und deutlichen Aussagen der verschiedenen Zeugen und besonders vier 50jähriger Zeugen, welche zugleich, daß sie solches Herkommen von alten Leuten, und selbst von Leuten aus der Gemeinheit vor vielen Jahren dergestalt gehöret, ausgesaget, zur Genüge bengebracht;

Und dann hieraus die ad 1. 2. et 3. angeführten Zweifelsgründe sich erledigen, immaßen der den Layen zu Lehn gereichte Zehnte nur alsdann nach der Strenge der Worte zu erklären, wenn an einer rechtlichen und vernünftigen Ursache, sie von den Noval-Zehnten zu verstehen, es ermangelt, 15

C. 29. X. de decimis.

dazu in gegenwärtigem Falle ein drenfacher Grund vorhanden ist, occasione enim decimationis antiquae infeudatae, nouales vsurpari dicuntur, si deest iusta causa, ex qua clientelaris concessio decimarum referri possit ad nouales,

Boehmer l. c. §. 16.

Dahergegen ad 4) der Einwand, daß der Rottzehnte allenfalls unter die bischöflichen Rechte zu zählen sen, eines Theils weder durch die gemeinen canonischen Rechte begründet werden mag, weil nach diesen der Rottzehnte der Pfarre, in so fern diese den Hauptzehnten hergebracht hat, nicht aber dem Bischofe zugeeignet worden, 16

C. 7. c. 13. c. 20. c. 29. X. de decimis.

andern Theils dazu auch der Bischof, unter der Eigenschaft des Landesherrn, in gegenwärtigem Falle nicht berechtiget ist, indem das Recht des Landesherrn auf den Noval-Zehnten nur in so fern als derselbe loca deserta publica zur Cultur verleihet und den Zehnten von ausgebrochenem Lande sich daben vorbedinget, gegründet werden mag,

Struben rechtl. Bed. tom. I. n. 100.
Pufendorf obs. iur. T. 3. obs. 131.
de Cramer obs. iur. T. 2. obs. 478.

solches aber in gegenwärtigem Falle die Anwendung verliehrt, indem die W—er Mark, aus welcher einiges Land zur Cultur gebracht worden, der Gemeinheit des Dorfs W., nicht aber unter die loca deserta publica gehört, überdem der Landesherr im Hochstifte Münster, kraft der über alle Marken hergebrachten Gerichtbarkeit, ben dem Verkaufe eines Grundes, den die Gemeinheiten aus ihren Marken vornehmen, schon den dritten Theil

Theil des Kaufpreises zu erheben, berechtiget ist, bey solchem Verkaufe aber die Abgabe eines Rottzehntens nie bedungen noch auch gefordert worden;

17 Hiernächst ad 5) die Observanz nach welcher die belehnten decimatores den Zehnten von den ausgebrochenen Marcal-Gründen erhoben, als eine rechtliche Auslegung des ihnen zu Lehn gereichten Zehntrechts über das ganze Dorf W. in Betracht kommt, und solche daher nach gleichen Gründen, wie die Belehnung in Ansehung des Hauptzehntens gegen alle Glieder der Gemeinheit, wenn sie Marcal-Land zur Cultur bringen, von gleicher Wirkung ist, indem eine gegen einzelne Glieder der Gemeinheit aus allgemeinen die vniuersitatem betreffenden Gründen erlangte possessio auch gegen die vniuersitatem selbst erlanget wird,

Postius de manuten. obs. 73. n. 154. sqq.
Mevius P. 4. dec. 290. 291.

und daher eine ex iure decimandi vniuersali gegen einzelne Glieder erlangte possessio als eine gegen die vniuersitatem selbst erhaltene possessio angesehen wird;

Harpprecht de iure decimatoris vniuersalis §. 14. p. 75.

18 Sodann ad 6) darauf, daß der größte Theil des Marcal-Grundes zu W. zur Cultur noch nicht gebracht worden, es hieben überall nicht ankommt, da eines Theils schon bey dem gegen eine Gemeinheit zu erlangendem Besitze nicht sowohl auf den consensum maioris partis communitatis, sondern allein darauf zu sehen ist, daß der Besitz gegen einzelne Mitglieder derselben aus einem gegen die Gemeinheit selbst behaupteten Rechte unternommen, und solcher von der Gemeinheit nicht widersprochen, mithin stillschweigend zugestanden worden,

Wernher in obs. forens. P. 4. in suppl. ad obs. 217.

andern Theils hieben noch besonders in rechtliche Erwägung kommt, daß das Zehntrecht der belehnten Zehntherren in seinem Inbegriffe überall nicht von der Einwilligung der Gemeinheit zu W., sondern von der lehnherrlichen Verleihung abhänget, und dabey die angezogene Observanz nur als das selbst redende Zeugniß dessen, daß unter der Belehnung mit dem Zehnten über das ganze Dorf W. der Rottzehnte begriffen sey, zu betrachten;

19 Endlich ad 7) das auf der ganzen Mark eines Dorfs haftende Zehntrecht nichts destoweniger ein ius decimandi ratione districtus vniuersale verbleibet, wenn gleich in Ansehung der Garten-Früchte eine Ausnahme vom Zehnten hergebracht ist;

Harpprecht l. c. §. 12.

so wie hergegen die Kämpe, Dull- und Behn-Gärten, so ferne ein beträchtlicher Antheil der Kornfrüchte darin gezogen worden, nach der in facto bemerkten Aussage der Zeugen dem Zehntrechte unterworfen worden; überdem eine unterlassene Erhebung des Zehntens an und für sich dem Zehntherrn so lange unschädlich verbleibt, als die Freyheit vom Zehnten nicht erlanget worden; cum ne quidem denegatio decimarum possessioni decimatoris vniuersalis obstet, modo non acquieuerit;

de

de Cramer tom. I. obſ. 43.

Als ſind wir ſolchem allem nach der rechtlichen Meinung:

daß der Noval-Zehnte aus den aus gemeiner W—er Mark zur Cultur gebrachten Gründen den belehnten decimatoribus gebühret, und der Umſtand, daß maior pars communitatis noch keinen Marcal-Grund zur Cultur gebracht, für unerheblich zu achten. 20

Zweyte Frage.

Ob, dafern in den Kämpen, Wehn- und Dull-Gärten einige Stücke nach 10jähriger Cultur, etwa einige Jahre ungezehntet geblieben ſeyn ſollten, ſolche dadurch zehntfrey worden, da die Zehntnehmung von den Eignern der Gründe nicht verweigert, und alſo an Seiten der Zehntherren dabey nicht acquieſciret worden; mithin ob nicht die Zehntberechtigten befugt bleiben, auch aus den etwa ungezehntet gebliebenen Kämpen, Wehn- und Dull-Gärten von den darin künftighin gebaueten Kornfrüchten den Zehnten zu ziehen? 21

Obwohl bey dieſer Frage vornemlich auf die Verjährung des Rechts, den Rottzehnten zu erheben, es ankömmt, und dieſe überhaupt für ſtatthaft nicht anzuſehen ſeyn möchte, weil die Erhebung des Zehntens unter die res merae facultatis gehört, und daher eben ſo wenig, wie die Erhebung der jährlichen Renten der Verjährung unterworfen iſt; bevorab in facto angeführet iſt, daß die Zehntziehung von den Eignern der Gründe noch nie verweigert worden, noch bis daher eine Handlung vorgefallen, in welcher die Zehntherren bey ſolcher Verweigerung ſich beruhiget, wodurch ſonſt Zehntpflichtige in poſſeſſionem vel quaſi libertatis a decimis geſetzet werden; 22

Dennoch aber und dieweil 1) ſo fern hierbey die praeſcriptio extinctiva, in Anſehung des den Zehntherren zuſtehenden Rechts, in Betracht kommt, bey ſolcher die jetzt angeführten Gründe die Anwendung gewinnen, und dieſe bey dem Zehntrechte eben ſo wenig, als bey dem iure annuorum redituum ſtatt hat, 23

L. 7. §. vlt. C. de praeſcript. 30. vel. 40. annor.
L. 46. §. 9. C. de epiſcop. et cleric.
Hertius de praeſcriptione iurium per interualla renaſcentium ſect. 1.
de Cramer tom. 2. obſ. 552.

und die belehnten Zehntherren daher das Recht zur Erhebung des Rottzehntens durch die bloß unterlaſſene Zehntziehung, als welche in ihrer Willkühr beruhet, ſo wenig an dem bereits ausgebrochenen Lande, als weniger an demjenigen, ſo noch künftighin von eben dem Beſitzer oder von andern Inhabern zur Cultur gebracht werden dürfte, verloren haben,

Solches aber 2) nicht hindert, daß nicht von Seiten der Eigner des ausgebrochenen Landes nach deſſen zehnjähriger Cultur eine praeſcriptio acquiſitiva libertatis a decimis novalibus eintreten können; 24

indem 3) eines Theils in dem Falle, welcher jedoch hieben sich nicht ereignet, da die Zehntherren, auf geschehene Abforderung des Rottzehntens, bey der dagegen eingelegten Verweigerung sich beruhiget, und dadurch die Zehntfreyheit stillschweigend eingeräumet, die praescriptio longi temporis Statt haben mögen;

L. 10. pr. D. si seruit. vindic.
L. 2. C. de seruitut.

25 Andern Theils daferne 4) den Besitzern des ausgebrochenen Landes, nach vollendeter zehnjährigen Cultur, seit 30 Jahren kein Rottzehnte abgefordert, noch solcher von ihnen geleistet seyn sollte, sie mit der praescriptione acquisitiua longissimi temporis bedeckt seyn würden; immaßen sie a) solchenfalls in dem Besitze der natürlichen Freyheit gegen die Zehnt-Abgabe verblieben, in possessione enim vel quasi naturalis libertatis quis tamdiu esse censetur, quamdiu nullus actus contrarius interuenit,

L. 52. §. 1. Dig. de acquir. vel amitt. possess.
L. 3. §. 2. D. vti possidetis.

und b) durch den Ablauf von 30 Jahren die praescriptio longissimi temporis, zu welcher ein titulus gegen einen priuatum nicht erforderlich ist, vollendet werden kann; mithin in solchem Verstande, nach Beschaffenheit der eintretenden Umstände, eine praescriptio immunitatis a decimis longi vel longissimi temporis statt finden kann,

Barthel de decimis Sect. 7. §. 2. n. 2.

Als halten wir den Rechten nach dafür:

26 daß in dem angegebenen Falle, daß in den Kämpen, Vehn- und Dull-Gärten einige Stücke, nach zehnjähriger Cultur, etwa einige Jahre unausgezehntet geblieben seyn sollten, diese dadurch nicht zehntfrey worden, und das Recht der Zehntherren durch eine bloß unterlassene Zehntziehung weder an solchen, noch auch an den künftighin zu bauenden Kornfrüchten mittelst einer praescriptionis extinctiuae verloren worden, dahergegen die Eigner der ausgebrochenen Gründe die Freyheit von dem Rottzehnten nur unter den angeführten Umständen durch eine praescriptionem acquisitiuam zu erlangen vermocht.

Dritte Frage.

27 Ob auch aus dem zur Gemeinheit W. gehörigen Moor von den darin angelegten Buchwaitzen-Aeckern den bemeldeten Zehntherren der Zehnte gebühre?

28 Obwohl der Rottzehnte von dem zur Cultur gebrachten Morast-Lande den Zehntherren nicht zu gebühren scheint, weil 1) der dazu angeführte rechtliche Grund daß durch den ausgebrochenen Moor die Weide für das zehentpflichtige Vieh geschmälert, und dadurch der Viehzehnte gemindert wird, für erheblich und gegründet nicht zu halten, indem, sofern der Ausbruch des Moors rechtsbeständiger Weise geschehen, die Minderung des Viehzehntens als zufällig anzusehen, überdem auch in rebus singulari-

bus

das die eine Sache für ein surrogatum der andern ohne dabey eine besondere Abrede und Vorbehalt zum voraus zu setzen, nicht gehalten werden kann;

L. 6. C. de rei vind.
L. 12. C. de iur. dot.
Voetius ad Pand. lib. 1. tit. 8. §. 16.

Diesem auch 2) der Grund einer Billigkeit hinzutritt, indem solches Morastland nach den in facto angeführten Umständen nicht durch das Vieh, sondern durch saure Arbeit der Menschen zur Cultur zubereitet werden muß, und sie daher als agri arte et industria hominum praeparati, anzusehen, davon auch kein Rottzehnte zu erlegen sey;

Dennoch aber und dieweil wenn gleich hiebey auf den ersten Rechtsgrund keine Absicht genommen werden kann, dennoch 1) der Moor innerhalb der Dorf-Gemarkung gelegen, und daher sofern daraus ein Antheil zur Cultur gebracht wird, solcher dem allgemeinen Zehntrechte unterworfen ist, als welches auf alles binnen der Mark ausgebrochene Land sich erstrecket, 29

C. 4. c. 13. c. 29. X. de decimis.

Hiernächst 2) ein jedes durch Umreissen zum Feldbaue von neuen zubereitetes Land terra noualis genannt wird, 30

C. 21. X. de verb. signif.
Syring de iur. decim. c. 7. §. 3.

und dabey auf die Art und Weise, wie es zum Fruchtbaue zubereitet worden, es nicht ankömmt, wenn gleich aus der besonders sauren Arbeit, das Moor zur Cultur zuzubereiten, Gründe der Billigkeit, aus welchen die Zehntherren in Ansehung der Zehntziehung zur Nachsicht bewogen werden können, eintreten mögen;

Als halten wir den Rechten nach dafür:

Daß die Zehntherren kraft des allgemeinen über das ganze Dorf W. zustehenden Zehntrechts auch zur Erhebung des Rottzehntens von den aus dem Moore ausgebrochenen Buchwaitzen-Aeckern berechtiget sind. 1780. 31

Num. 142.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

De iure aggratiandi in caussis homicidii principi competente.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Quaestio. n. 1.

Rationes dubitandi.

Dolosum homicidium committit is qui armis lethiferis vtitur. n. 2.

Poena capitalis homicidis lege diuina dicta a principe remitti nequit. n. 3.

Rationes decidendi.

Propositum necandi in casu obuio defuisse demonstratur. n. 4.

Iusta caussa itaque adest poenam capitalem remittendi. n. 5. 11.

Nec obstat aggratiationi lex diuina. n. 6. 7. 10.

Leges forenses iudaeorum christianos non tenent. n. 8.

In caussa homicidii ex dolo indirecto ius asyli, quod immunitatem a poena capitali producebat locum habuit. n. 9.

Quaestionis decisio. n. 11.

Rechtsgutachten.

1 Als uns die Herrn die in peinlichen Sachen gegen den ehemaligen Lieutenant J. B. H. ergangenen Acten nebst dem gegen diesen ausgesprochenen Todes-Urtheile, gegen welches derselbe ad gratiam principis provociret, zugeschickt, und über die Frage:

> Ob der Landesherr ohne Verletzung des Gewissens den Inquisiten begnadigen und demselben die Todes-Strafe erlassen könne?

unsere in den Rechten gegründete Meinung zu ertheilen begehret, demnach erachten wir nach collegialisch gepflogener Erwägung den Rechten gemäß zu seyn;

2 Obwohl 1) die Acten ergeben, daß Inquisit den Schultheissen G. am 30ten April 1760 durch einen Stich mit dem Degen dergestalt tödtlich verwundet, daß dieser Tages darauf verstorben, mithin Inquisit in Ansehung dessen, daß er den Stich mit einem tödtlichen Gewehr gethan eines animi occidendi indirecti und daher eines homicidii dolosi schuldig worden,

Hiernächst 2 Inquisit einige rechtliche Entschuldigung, die ihm gegen die erkannte Todes-Strafe zu statten kommen könnte, nicht für sich hat, allermaassen er, nach Aussage der Zeugen, von dem unschuldig Entleibten auch nicht mit dem geringsten Wor-

Worte beleidiget worden, Inquisit auch in einer solchen Trunkenheit die ihn ausser Gebrauch der Vernunft gesetzet, nicht gestanden,

und dann 3) bey der Erlassung der verwirkten Todes-Strafe dieses Bedenken eintreten will, daß die Todes-Strafe gegen Todtschläger auch in den göttlichen Rechten bestimmt ist, und der Ausspruch wer Menschenblut vergießt, dessen Blut soll auch durch Menschen vergossen werden, denn Gott hat den Menschen zu seinem Bilde gemacht [1. B. Mos. Cap. 9. v. 3.] desgleichen die Worte, wer einen Menschen schlägt daß er stirbt, der soll des Todes sterben [2. B. Mos. C. 21. v. 12. und 3. B. Mos. C. 24. v. 17.] von einigen als ein allgemeines Gesetz angenommen, und daher 3

4) dafür gehalten wird, daß einem Landesherrn ein Begnadigungs-Recht in Ansehung einer durch die göttlichen Rechte gesetzten Strafe nicht zustehe,

Hertius vol. I. resp. 518. n. 8.
Leyser in med. ad pand. spec. 597. m. 6.
Estor de poena capitali homicidis dolosis infligenda §. 61.

D. a. u. d. 1) die Beschaffenheit des von dem Inquisiten begangenen Todschlags zuvörderst in Betrachtung kommt, und dann einige Anzeige, weshalb derselbe eines boshaften und intendirten Todschlags für schuldig zu achten, in den Acten nicht vorhanden ist, vielmehr die Umstände ergeben, daß Inquisit durch die erhaltene Nachricht, von den mangelnden wenigen Patronen, in eine unzeitige Empfindlichkeit gesetzet, und von dieser zu einer Zeit da er nach zu sich genommenen vier bis fünf Maas Bier mit einiger Trunkenheit behaftet gewesen, dergestalt übernommen worden, daß er in dieser betrübten Gemüthsfassung und aus einer nie zu entschuldigenden Heftigkeit den Entleibten, welcher nur mittelst einer Vorbitte sich in die Sache gemischt, einen Stich zugefügt und auf diese Weise tödlich verwundet hat, 4

Dabey 2) die vor und nach der That eingetretenen Umstände, dem Inquisiten in Ansehung dessen, daß er in keinem Vorsatze, jenen zu tödten, gestanden habe, offenbar zu statten kommen, anerwogen theils beyde Zeugen, daß Inquisit mit dem Schultheissen G. recht freundlich gesprochen, mit ihm getrunken, und die in seinem Quartier empfangene Bewirthung angerühmet habe, ausgesaget, theils auch die Zeugin A. bezeuget, daß als Inquisit unmittelbar nach verübter That zu ihr nach K. gekommen, er nicht allein in die Worte gegen sie ausgebrochen

ach Frau! ich habe meinen Wirth G. zu G. erstochen, der mir doch so viel gutes gethan,

sondern auch seine Reue mit Worten und Thränen und unter bezeigter Neigung dessen Frau und Kindern eine Schadloshaltung zufliessen zu lassen, zu erkennen gegeben hat,

Und dann 3) diese Umstände zu einer landesherrlichen Begnadigung um so mehr ein erhebliches Gewicht haben, als in einem Falle, wo keine vorsetzliche Ertödtung erfolget ist, die gemeine Sicherheit die äusserste Schärfe der Strafe nicht erfordert, hinc 5

et soliti fuerunt principes veniam tribuere his, qui imprudens seu inconsultum homicidium perpetrarunt, aut quibus ex iusta aliqua causa poena legis ordinaria minuenda videbatur,

Carpzov in prax. crim. p. III. qu. 150. n. 39.

6 Ueberdem 4) der landesherrlichen Befugniß, die gesetzliche Strafe zu erlassen, die göttlichen Rechte nicht entgegen stehen, allermaassen die Verordnung 1. B. Mos. 9, 6. eben sowohl, wie das kurz vorher angeführte Verbot, vom Erstickten nicht zu essen, nur allein die Eigenschaft eines den Juden und deren Nachkommen gegebenen Gesetzes hat, und so auch die 2. B. Mos. 21, 12. 14. vorkommende Verordnung das Jüdische Volk allein betroffen, hergegen für ein dem menschlichen Geschlechte überhaupt ertheiltes allgemeines Gesetz nicht geachtet werden mag,

Seldenus de iure nat. et gent. secundum disciplinam Hebraeor lib. VII. c. 1.

Boehmer in obseruat. ad *Carpzov* prax. crim. Parte III. qu. 150. obs. 1.

omnis enim lex, qua determinatur certa aliqua poena, pertinet ad leges forenses certae reipublicae,

Zieglerus de iuribus maiestat. lib. I. c. V.

7 Ferner 5) dieses Gesetz unter dem Jüdischen Volke selbst bloß die Eigenschaft eines legis forensis et politicae gehabt, welches seiner Natur und seinem Zwecke nach, und da solches bloß die Sicherheit des Staats zur Absicht gehabt, aus besondern Gründen eine Ausnahme zugelassen, weshalb selbst die Könige der Juden in besondern Fällen nach den besondern Rücksichten auf das gemeine Wohl darunter eine Begnadigung eintreten lassen, und insonderheit der König David dergleichen seinem Sohn Absalon bey dem Todschlag seines Bruders Ammons

2. B. Samuel C. 13. v. 28. 29.

und dem Joab bey Ertödtung des Abners und Amasae

2. B. Sam. C. 3. v. 27. C. 20, 10. ff.

zu Theil werden lassen,

8 Und wie hergegen 6) seit der Begründung des Christenthums es als ein Grundsatz unter den Christen angenommen worden, daß die leges forenses iudaeorum mit dem Ausgange des Jüdischen Staats ihre Verbindlichkeit verlohren, so auch ein gleiches bey den die poenam homicidii bestimmenden Gesetzen eintritt, weswegen auch die Kirchenväter nicht alleine die Erlassung der Lebens-Strafen für zulässig gehalten, sondern solche selbst durch eingelegte Intercessionen zu befördern, pro officio christianae mansuetudinis gehalten, wie die nahmentlich in Betreff der Strafe des Todschlags die aus dem Augustin gesammleten Stellen beym

Pfeffinger ad Vitriarium lib. 3. tit. 17. §. 112. und

Boehmer in iur. eccl. prot. lib. V. tit. 20.

erhärten,

Wie denn 7) auch die interpretes iuris canonici behaupten, daß insonderheit bey dergleichen Art des homicidii, welches, wie das in Frage stehende, nur animo occidendi indirecto begangen wird, den Thätern das ius asyli in ecclesia, welches bekanntermaßen eine immunitatem a poena capitali wirket, zu statten komme, welches nicht behauptet werden könnte, wenn poena capitalis pro poena iuris diuini et aeterni gehalten werden müßte, solum videlicet homicidium praemeditatum ac deliberatum, ex deliberatione videlicet et proposito occidendi commissum, a iure asyli excipitur, non homicidium simplex 9

S. Casp. Barthel de iure asyli tom. I. opusc. p. 687.
Reiffenstuel in iur. can. lib. 3. tit. 49. §. 5. n. 116.

Solchemnach 8) mit Grund anzunehmen steht, daß die auf das homicidium gesetzte poena capitalis auf einem Gebote der göttlichen Gesetze nicht beruhe, folglich ein Landesherr in einem so besondern Falle, als der in Frage stehende ist, eine Begnadigung von solcher Strafe, mit unverletztem Gewissen angedeihen lassen könne. 10

Multzuis corp. iur. publ. p. 2. c. 26. §. 24.
Thomasius de iure aggratiandi in causis homicidii p. 41.
Walther de principe ex iustis causis delinquentes aggratiante p. 135.

Diesem allem 9) hinzutritt, daß die unglückliche Verwundung und der dadurch verursachte Tod des Schultheissen G. ausserhalb Landes begangen worden, und theils das Wohl und die Sicherheit des eigenen Landes, auf die Schärfe der Strafe zu bestehen, nicht erfordert, theils auch eine auswärts zu vollstreckende Strafe in Ansehung des benachbarten territorii, in welchem die That begangen worden, die gehörige Wirkung nicht erhält, und der verunglückten Wittwe und den Kindern des entleibten Schultheissen G. nicht sowohl durch die Strenge der Todesstrafe, als vielmehr auf andere Weise und durch eine billigmässige Genugthuung ein Trost zuwege gebracht werden könnte: 11

Als halten wir in Rechten dafür,

daß der Landesherr ohne Verletzung des Gewissens in der Todesstrafe den Inquisiten begnadigen könne. 1764. 12

Num. 143.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

De iure principum euangelicorum circa annatas.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Species facti. n. 1.
Quaestio. n. 2.

Rationes dubitandi ad grauamen primum.

Ad agendum prouocari potest si prouocantis interest actionem institui. n. 3.

Tanquam libellus actionis sustineri potest quaevis querela modo factum rite propositum sit. n. 4.

Ad causam legitimatus non est qui de iure sibi non competente agit. n. 5.

Rationes decidendi ad grauamen primum.

Ius interueniendi habet capitulum si de iure vnius ex gremio eius agitur. n. 6. 7.

Ad interueniendum nemo prouocari potest. n. 8.

Protestatio contra prouocationem ab eo cui ius agendi non competit facta, pro libello actionis haberi nequit. n. 9. 10.

Quaestionis decisio. n. 11.

Rationes dubitandi ad grauamen secundum.

Ius exigendi annatas competit orphanotrophio Potsdamiensi ex concessione regis. n. 12.

Sublatio annatarum in pace Westphalica facta, concernit tantum pontificem romanum. n. 13.

Per praescriptionem immunitatem adquiri non potuisse demonstratur. n. 14.

Rationes decidendi ad grauamen secundum.

Ius orphanotrophii ex cessione principis descendens, iisdem limitibus circumscriptum est, quibus continetur ius principum euangelicorum. n. 15.

Pontificibus ius percipiendi annatas ex beneficiis quorum collatio iis competebat per concordata concessum est. n. 16.

Quod vero ad beneficia quae in mensibus papalibus conferuntur et quorum taxa XXIV. flor. aur. excedit, restrictum est. n. 17.

Canonicatus in genere non soluunt annatas. n. 18.

Status imperii euangelici, iure pontificis ex beneficiis euangelicis annatas percipiendi sublato, hoc ius recte sibi vindicare potuerunt. n. 19.

Nec tamen vlterius quatenus pontifici secundum concordata competiit. n. 20. 21.

Beneficia quae a principibus euangelicis non conferuntur, itaque immunia sunt. n. 21.

Ius cessionarii a iure cedentis pendet. n. 22. 26.

Rescripta principum saluo iure tertii accipienda. n. 23.

Inde quod annatae nunquam solutae sint, immunitas probatur. n. 24.

Actio negatoria vtilis ei competit, qui in libertate naturali vel in iure communi se fundat. n. 27.

In qua actione probatio incumbit reo. n. 28.

Quaestionis decisio. n. 29.

Rechts-

Rechtsgutachten.

Als uns eine Geschichts-Erzählung nebst einer Frage zugesandt, und wir darüber unsere in den Rechten gegründete Meinung zu ertheilen gebeten worden,

Demnach erkennen wir nach fleissiger deren Verlesung und collegialiter gepflogener Erwägung den Rechten gemäß zu seyn:

Hat das Directorium des großen Waisenhauses zu Potsdam im Jahre 1776 von drey Canonicis des Collegiatstifts zu Walbeck rückständige Annaten-Gelder gefordert, wogegen das Stift in dem Besitze der Freyheit von Annaten zu seyn vorgestellet. Diese Vorstellung der Canonicorum hat ihr Praepositus, der allemal ex gremio Capituli Cathedralis zu Halberstadt erwählet wird, und von dessen Collation die Walbeckischen Canonicat-Präbenden, mit Ausnahme der Königlichen Quartae abhangen, mit dem zwischen dem Churfürsten Friederich zu Brandenburg und dem Domstifte zu Halberstadt im Jahre 1696 errichteten Vergleiche unterstützt, kraft dessen der Churfürst dem iuri annatarum in Ansehung des Domstiftes renunciiret, und welchem zuwider die von ihm providirten Canonici mit der Abgabe der Annaten belegt werden sollen, wodurch aber nothwendig eine Verminderung des ihm als praeposito gebührenden honorarii veranlasset würde; 1

Auch das Domstift zu Halberstadt selbst hat mittelst einer Vorstellung vom 4. Jun. 1777 die Vertheidigung der solchergestalt angegriffenen Gerechtsame eines seiner Mitglieder übernommen, und weil die Königlichen Collegia demungeachtet die 3 Canonicos in Walbeck zu Erlegung der Annaten angewiesen, und die Regierung zu Halberstadt die Execution veranlasset, auch von zwey Canonicis die Annaten wirklich beytreiben lassen, so hat das Domcapitel sich an Sr. Königl. Majestät selbst, vermittelst eines Memorials vom 4. Octob. 1777 gewandt, und ist auf Dero Allerhöchsten Befehl die Execution aufgehoben und die Sache zum Wege Rechtes verwiesen worden;

Anstatt daß nunmehr das Potsdamsche Waisenhaus-Directorium ein ordentliches Klaglibell übergeben sollen, hat dasselbe das Capitulum Cathedrale zu Halberstadt ad agendum provociret, und darauf auch die Regierung zu Halberstadt dem Domstifte die Klage einzubringen auferlegt. Hat hierwider das Domstift sich beschweret, und eventualiter den Ungrund der gegenseitigen Prätension vorgestellet, und ist gleichwohl darauf das Urtheil vom 31. Aug. 1778 dahin ergangen:

> daß die von dem Domcapitel übergebene Querel pro libello actionis anzunehmen, dasselbe aber mit der angestellten Klage abzuweisen, auch sämmtliche dadurch verursachte Kosten zu erstatten gehalten.

Nachdem gegen dieses Urtheil Appellation eingewandt worden, so entstehet die

Frage:

Ob Capitulum Cathedrale nicht Grund habe, auf die angebrachten und auszuführenden Beschwerden eine sententiam reformatoriam zu erwarten? 2



Da die Appellations-Beschwerden in der Hauptsache in diesen zwey Puncten bestehen:

1) daß die domcapitularische Querel pro libello actionis angenommen, und

2) Capitulum Cathedrale mit der angestellten Klage unter Erstattung der Kosten abgewiesen worden,

so beruhet die Entscheidung der vorstehenden Frage auf rechtlicher Erörterung besagter beyden Puncte.

3 Ob nun wohl soviel die erste Beschwerde betrifft, 1) das Directorium des Waisenhauses zu der angebrachten Aufforderung zur Klage für berechtiget zu halten, weil demselben daran, daß das Stift zu Walbeck seine Klage anstelle und nicht länger aussetze, besonders gelegen gewesen, bevorab die der Annaten-Gelder halben veranlaßte Execution eingestellt, und dem Stifte zu Walbeck der Weg Rechtes eröffnet worden, dergleichen Interesse die provocationem ad agendum begründet,

Codex *Fridericianus* P. 3. tit. 7. §. 7.

4 Und dann 2) die vom Domcapitel zu Halberstadt unterm 15. Jan. 1778 übergebene Vorstellung, weil sie das deutliche factum und die Gründe der von dem Stifte zu Walbeck behaupteten Annaten-Freyheit enthält, nach richterlichem Ermessen und nach Maßgebung des c. 6. X. de iudiciis, pro libello actionis angenommen werden mögen;

5 Soviel hergegen 3) die Beschaffenheit dieser Klage betrifft, in den Gründen des vorigen Urtheils dafür gehalten wird, daß das Domcapitel die Rechte des Stifts Walbeck zu vertreten nicht ermächtiget, und dessen Widerspruch für eine offenbare Zunöthigung deshalb anzusehen sey, weil die Annaten von keinem Mitgliede des Domcapitels oder von deren beneficiis und Revenüen verlanget worden, und in diesem Betrachte ein Mangel der legitimationis ad causam auf Seiten des Domcapitels angegeben wird;

6 Dennoch aber und dieweil, wenn gleich das Directorium des Waisenhauses zu Potsdam aus vorangeführtem Grunde das Stift zu Walbeck an welches es den Anspruch der Annaten halber macht, ad agendum zu provociren berechtiget gewesen, dennoch 1) diese Provocation da sie gegen das Domcapitel zu Halberstadt gerichtet ist, den Rechten nach nicht besteht, indem a) das Domcapitel in dieser die Rechte des Probstes des Stifts zu Walbeck betreffenden Angelegenheit, sich nur des Vertretungsrechts bedient hat, und als ein intervenirender Theil anzusehen, auch hiezu schon deswegen nach eigenem Rechte für berechtigt zu halten ist, weil die Hauptsache die dem Praeposito, als Mitglied des Capitels zustehenden beständigen Rechte betreffen, deren Verlust folglich sowohl für jetzt als für das künftige, alle aus ihren Mitteln zu erwählende Pröbste angeht,

Mevius P. 5. dec. 112.

Mencke in proc. iur. comm. et Saxonic. tit. 15. §. 2.

7 dasselbe auch b) durch die bey Sr. Königl. Majestät übergebene Vorstellung, mittelst deren es dem Stifte zu Walbeck das rechtliche Gehör ausgewirket, bloß die Rechte des Stifts

Stifts vertreten, ein mehreres auch das Königl. Rescript vom 9. Oct. 1777, vermöge dessen beyde Theile, mithin das Stift zu Walbeck und besagtes Waisenhaus, die Sache im Wege Rechtes zu verhandeln angewiesen worden, nicht enthält;

Diesem zu Folge c) das Directorium des Waisenhauses das capitulum cathedrale ad agendum zu provociren nicht vermocht, weil solches unter der Eigenschaft einer Intervention geschehen müssen, gleichwohl eine provocatio ad interueniendum in den Rechten durchaus nicht gegründet ist, da eines Theils diese Rechts-Vertretung eine angestellte Hauptklage schon zum voraus setzet, andern Theils die interuentio zu einer blossen Befugniß des Domcapitels gehöret, zu deren Ausübung ein Dritter dasselbe durch eine gerichtliche Provocation anzuhalten nicht vermag; 8

Daraus aber 2) der Grund sich ergibt, daß die von dem Domcapitel übergebene Vorstellung vom 15ten Jan. 1778 loco libelli actionis nicht angenommen werden können, da a) das Domcapitel Namens des Stifts zu Walbeck zu klagen nicht schuldig gewesen, noch dazu provociret werden können, dasselbe auch in gedachter Querel diese Provocation als unstatthaft abzulehnen gesucht; 9

ferner b) die darin zugleich enthaltene Vorstellung der dem Stifte zu Walbeck gegen den Anspruch auf Annaten zustehenden Gründe, eine Vertretung und Vertheidigung der Rechte des Stifts betrifft, diese aber anstatt einer von dem Stifte selbst einzureichenden Klage mit Bestande nicht angenommen und dafür erkläret werden kann;

Endlich 3) hinwiederum damit sich nicht vereinigen läßt, daß das Domcapitel die Rechte des Stifts zu Walbeck zu vertreten für ermächtiget nicht gehalten und dennoch die von demselben übergebene Querel wider dessen Gesinnung für eine Klage erkläret und angenommen worden, immaßen das Recht des Domcapitels, die beständigen Rechte eines ihrer Mitglieder in- und ausserhalb des Gerichts interueniendo et assistendo zu vertreten, von der Schuldigkeit Namens desselben zu klagen wesentlich unterschieden bleibt, und so wenig jenes mit einigem Scheine Rechtes bezweifelt, so wenig hergegen dem Domcapitel Namens des Stifts zu Walbeck zu klagen auferlegt; und dessen zu Ablehnung der Klage übergebene Querel für eine Klage erklärt werden mögen; 10

Als erhellet hieraus überall so viel:

daß die domcapitularische Querel pro libello actionis mit Rechtebestande nicht angenommen werden können. 11

Ob nun zwar, so viel die zweyte Beschwerde betrifft, die angegebene Befugniß des Directorii des Waisenhauses zu Potsdam, die Annaten von den von dem praeposito des Stiftes zu Walbeck vergebenen beneficiis zu fordern, daher einen Grund für sich zu haben scheint, daß 1) in dem angeführten Königlichen Rescripte vom 25ten Dec. 1725 welches sämmtlichen Stiftern communiciret worden, besagtem Waisenhause alle von den sich eröffnenden geistlichen beneficiis, Canonicaten und Präbenden fal- 12

lenden Annatengelder dergestalt verschrieben und zum perpetuirlichen Fond angewiesen worden, daß Niemand zum Genusse und Besitze einiger geistlichen Präbenden admittiret werden sollte, der nicht zuvor der Annaten wegen Richtigkeit gemacht habe, und dadurch die Befugniß des Potsdammer Waisenhauses solche von allen praebendatis indistincte zu fordern hinreichend begründet sey;

13 Hiernächst 2) bey dem Rechte der Annaten überhaupt in Betracht kömmt, daß die in dem Westphälischen Friedensschlusse

Art. V. §. 19.

geschehene Aufhebung der Annaten nur den päbstlichen Hof angegangen, dagegen dieses bey den Stiftern bereits hergebrachte Recht den Landesfürsten protestantischer Religion mit den übrigen Rechten der kirchlichen Gewalt, die den Bischöfen oder Päbsten zugestanden, angefallen,

Stryk de iure papali princ. imp., c. 4. §. 8.

und sie daher auch vermöge des iuris circa sacra das ius annatarum sich zueignen können,

Ludewig de iure annatarum c. 3. §. 3. 4. 5.

status enim ecclesiasticarum rerum per reformationem non in totum mutatus est, cum illa ipsa beneficia, ex quibus solui debeant annatae tamquam onera realia, in pristino statu suo permanserint excepto eo, quod aulae romanae non amplius subsint, sed translatae sint cum omnibus iuribus in potestatem eorum, quibus haec ipsa omni iure debebantur,

Boehmer in obs. ad Petrum de Marca lib. 6. c. 12. obs. 6. §. 3.

solchem zu Folge auch das durchlauchtigste Churhaus Brandenburg das Recht der Annaten in den Stiftern seiner teutschen Staaten hergebracht, hergegen das Capitel zu Halberstadt nur durch den besonderen Vergleich de ao. 1696 in Ansehung der zu dem Domstifte gehörigen Beneficien davon befreyet worden;

14 Hierwider 3) dem Stifte zu Walbeck die angegebene Freyheit von Erlegung der Annaten und der vor und nach dem Jahre 1740 gehabte Besitz dieser Freyheit nicht zu statten kommen möge, weil a) die Abforderung der Annaten schon vermittelst der Communication der dem Waisenhause im Jahre 1725 ertheilten Concession geschehen; und b) gegen ein klares Gesetz der Besitz der Freyheit sich nicht gedenken lasse, auch c) der Besitz vom Jahre 1740 und die daraus herzuleitende Exception nur gegen fiscalische Ansprüche zu schützen vermöge, solche aber gegen das Potsdammer Waisenhaus nicht angeführet werden könne, als welches das Recht der Annaten zwar ex cessione principis, jedoch aber solches schon im Jahre 1725 erhalten, gleichwohl die Exceptionen, welche nach erfolgter Cession dem Schuldner gegen den Cedenten zustehen, dem Cessionarius nicht entgegen gesetzt werden mögen;

Brunnemann de cessione actionum c. 6. n. 2.

Sol-

Solchem allem nach, daß die in der Hauptsache angebrachte Beschwerde für gegründet nicht zu halten sey, einiger Anschein vorwaltet:

Dennoch aber und dieweil das Recht des Potsdammer Waisenhauses, die Annaten zu erheben, auf der demselben im Jahre 1725 geschehenen Verleihung der Gerechtsame Sr. Königl. Majestät beruhet, und solches daher lediglich nur nach den reichsgesetzlichen Bestimmungen und Verordnungen unter welchen es Sr. Königl. Majestät selbst unter der Eigenschaft eines evangelischen Reichsfürsten zustehen mögen, beurtheilt werden kann; 15

Und dann I) so viel zuvörderst die Beschaffenheit des Rechts der Annaten überhaupt anbelangt, solches ursprünglich als ein kirchliches Recht, von den Collatoren der geistlichen Pfründen und zwar als ein mit deren Vergebung verknüpftes Recht, eingeführt, und der Grund dieses geforderten Vortheils in der geschehenen Verleihung des Beneficiums gesetzt worden, wie solches die in 16

Boehmeri observ. ad Petrum de Marca lib. 6. c. 10. obs. 5. §. 7. 8. 9. 10.

angeführten Zeugnisse erhärten, und solches daher sowohl von Bischöfen, tanquam ordinariis collatoribus, als auch von Päbsten behauptet, jenen aber solches entzogen, und von diesen allein von allen beneficiis, zu deren Vergebung sie nur nach dem prätendirten allgemeinen Vergebungsrechte gelangen können, erhalten, und solches darauf durch die mit dem teutschen Reiche im Jahre 1448 zwischen Friedrich dem 3ten und Nicolaus dem 5ten eingegangenen concordata auf den verglichenen reichsgesetzlichen Fuß gesetzet worden;

Solche Bestimmung II) aber (ausserhalb der Bisthümer und Prälaturen, welche noch heut zu Tage nach dem alten Fuße in forma collationis confirmiret werden) in Ansehung der geringeren und mittelbaren beneficiorum dahin getroffen worden, daß von diesen beneficiis, nur in so fern sie vom Pabste, mithin in päbstlichen Monaten vergeben werden, und in so fern sie in der päbstlichen Tax- und Annaten-Rolle über 24 Goldgülden angesetzt sind, die Annaten erleget werden sollen, welches die Concordata art 3. in diesen Worten ausdrücken: De ceteris dignitatibus, personatibus, officiis et beneficiis secularibus quibuscunque et regularibus *quae auctoritate sedis apostolicae conferentur, vel de quibus prouidebitur*, soluantur annatae seu medii fructus iuxta taxam solitam, — — De beneficiis vero quae valorem viginti quatuor florenorum auri de Camera non excedunt, nihil soluatur; diesem zu Folge weder die geistlichen beneficia, welche vom Römischen Hofe nicht, sondern von andern collatoribus vergeben werden, noch auch solche beneficia, welche unter 24 Goldgulden in der päbstlichen Cammertaxe angesetzt sind, der Erlegung der Annaten nach den Concordatis Nationis Germanicae unterworfen sind, und daraus im teutschen Reiche in Ansehung der päbstlichen Annaten diese Praxis erwachsen, daß nach dem Zeugnisse der catholischen Rechtslehrer von Canonicaten und Präbenden überall keine Annaten erhoben werden können, weil beyde vorangeführte gesetzliche Eigenschaften bey den mittelbaren beneficiis keine 17 18

Anwendung finden, und deshalb der Bambergische Rath Barthel bemerket, quod dignitates inferiores et Canonicatus nostrae Germaniae nullas Romanae sedi annatas soluant hodie, eo quod omnes ad valorem duntaxat 24 ducatorum in camera apostolica taxati sint, etsi ad maiorem multo summam verus eorum valor ascendat:

Barthel de concordatis Germaniae Sect. 3. §. 1. tom. 2. op. p. 263.

19 Hiernächst zwar III) die päbstlichen Rechte der Annaten in Ansehung der unter evangelischen Reichsständen stehenden Beneficien im Westphälischen Friedensschlusse

Art. V. §. 19.

für kraftlos erklärt worden, jedennoch die evangelischen Reichsfürsten vermöge der erhaltenen Kirchengewalt einen rechtlichen Grund für sich gehabt, das schon hergebrachte und reichsgesetzmäßige Recht der Annaten sich zuzueignen und hierunter auf gleiche Weise, wie in Ansehung der päbstlichen Vergebungs-Monate geschehen, in die päbstlichen Rechte zu treten,

Stryk l. c.
Ludewig l. c. §. 4.

und in so fern solches geschehen, und ein evangelischer Reichsfürst das aufgehobene Annaten-Recht nicht eingehen lassen, sondern solches fortgesetzet, dessen hierauf beruhende Gerechtsame gegründet sind;

20 Immittelst IV) ein evangelischer Reichsfürst in Betracht dessen, daß er hierdurch in die durch die Reichsgesetze bestimmten päbstlichen Rechte an den Stiftern seines Landes getreten, solches bloß und allein nach Vorschrift der Concordaten sich zuzueignen vermocht, so wie hinwiederum den Stiftern das aus den Concordaten vor der Reformation erwachsene Recht, die Annaten nur in den in den Concordaten bestimmten Fällen zu erlegen, eben so wohl ungekränkt verbleiben müssen, wohlerwogen wenn gleich evangelische Reichsstände die Verbindlichkeit der Concordaten in Rücksicht auf den Pabst nicht anerkennen, dennoch sie in Ansehung der ihnen unterwürfigen Stifter die Concordate zum Grunde der daraus herrührenden Gerechtsame in der Vergebung der Beneficien in den päbstlichen Monaten und in dem damit verknüpften Annatenrechte gelegt, und indem sie daraus solche Gerechtsame über ihre Stifter sich zugeeignet, sie auch das den Stiftern daraus erworbene Recht nicht mißkennen können;

Boehmer in iur. eccles. lib. 1. tit. 11. §. 30. seqq. et §. 46.
Moser im Staatsrechte Th. I. B. 1. c. 18. §. 59.

solchemnach für ein reichsgesetzliches Principium in der Ausübung des Rechts der Annaten zu halten, de aliis beneficiis annatas solui aut exigi non posse, quam de quibus illas percepit curia Romana,

Boehmer in iure eccles. protestant. lib. 1. tit. 11. §. vlt. in f.

in terris protestantium enim, sublato iure pontificis, soluuntur principi, qui in ius supremum sacrum successit, quod olim exercuit Pontifex;

Idem

Idem in instit. iur. canon. lib. I. tit. II. §. 12.

Diesen Gründen zu Folge V) die beneficia des Stifts zu Walbeck, weil sie unter der landesherrlichen Collation nicht stehen, sondern von dem praeposito des Stifts zu Halberstadt vergeben werden, den Annaten nach Vorschrift der Concordaten nicht unterworfen sind, vielmehr besagtes Stift eine reichsgesetzliche Befreyung von Annaten in Ansehung vorbemerkter Beneficien schon vor der Reformation erworben, und nach der Reformation kein rechtlicher Grund eingetreten, aus welchem dem Stifte solche gesetzliche Freyheit entzogen werden können, dasselbe auch solche Freyheit, bis auf den jetzt gemachten Anspruch des Potsdammer Waisenhauses aufrecht erhalten, gleichwohl da selbst das Königliche Recht auf die Annaten bey diesem Stifte nicht gegründet ist, auch der Anspruch des Potsdammer Waisenhauses aus der überhaupt erhaltenen Cession des Königlichen Annatenrechts für rechtsbeständig nicht zu halten; 21

In mehrerer Erwägung daß VI) soviel die vorangeführten Zweifelsgründe betrifft, ad 1) die besagtem Waisenhause in dem Rescripte vom 25ten Decemb. 1725 ertheilte Cession selbigem nur in Ansehung solcher Beneficien zu statten kommen kann, auf welche das Recht der Annaten reichsgesetzmäßig gegründet gewesen, hergegen solches auf beneficia, welche den Annaten nicht unterworfen sind, mit einigem Rechtsbestande nicht gezogen werden mag, weil solches weder a) die Natur und Eigenschaft der Cession, welche durch das ius cedentis bestimmt wird, noch auch b) die Gesinnung Augustissimi rescribentis leidet, nach welcher kein Rescript zum Nachtheile der Rechte eines Dritten ausgelegt werden darf, 22 23

L. 7. C. de precibus imperatori offerendis.

noch auch ein anderes c) aus der den Stiftern geschehenen Communication dieses Rescripti sich folgern lässet, indem diesen dadurch die verliehene Cession bekannt gemacht, und sie so weit das Recht der Annaten statthaft gewesen, zu deren Erlegung an das Waisenhaus angewiesen, hergegen hiedurch in der reichsgesetzlichen Bestimmung dieses Rechts nichts geändert worden; solchemnach d) die angeführte Folge, daß die Befugniß des Potsdammer Waisenhauses, die Annaten von allen Praebendatis indistincte zu fordern, dadurch begründet werde, mit einigem Bestande daraus nicht gezogen werden kann, wohlerwogen, wenn gedachtes Rescript gegen alle vorangeführten Gründe auf solche beneficia, bey welchen die Annaten nach den Concordaten überall nicht statt haben, ausgedehnet werden sollte, ein besonderes Landesgesetz zum voraus gesetzt werden müßte, wodurch alle beneficia den Annaten ohne Unterschied unterworfen werden, und da dergleichen Landes-Gesetz gleichwohl nicht vorhanden ist, die gemeinen auf den Concordaten beruhenden Rechte die einzige Norm auch in der Erklärung des obgedachten Rescripts und der dadurch ertheilten Cession des Annaten-Rechts verbleiben;

Nicht zu gedenken, daß e) das Stift zu Walbeck als ein zu dem Fürstenthume Halberstadt gehöriges Stift, durch den Westphälischen Friedensschluß art. II. §. I. die kräftige

kräftige Versicherung für sich erhalten, daß die bona ecclesiastica in ihrem vorigen Stande erhalten werden sollen, und diesem zu Folge solche beneficia, welche nach den Reichsgesetzen den Annaten nicht unterworfen sind, mit Annaten nicht belegt, und ihnen diese reichsgesetzmäßige Befreyung nicht entzogen werden können;

24 Hiernächst ad 2) eben dadurch, daß die evangelischen Reichsfürsten in das durch die Concordate bestimmte päbstliche Recht der Annaten getreten, sie auch eben diese reichsgesetzliche Norm derselben anerkannt, und nur in so weit, als die Annaten von den von dem päbstlichen Hofe vergebenen beneficiis erhoben worden, solche gleichfalls von beneficiis, so ihrer Vergebung unterworfen gewesen, zu erheben berechtiget worden,

25 Bey diesem allem ad 3) dem Stifte zu Walbeck die bisher genossene Freyheit von Erlegung der Annaten besonders zu statten kommt, indem solche bey beneficiis, so von dem Praeposito vergeben werden, auf die Concordata gegründet ist, und diese Freyheit zu dem statu antiquo bonorum ecclesiasticorum gehöret, welcher durch das

Instrum. Pac. art. XI. §. 1.

versichert ist, solche Freyheit auch ad a) durch die Communication des besagten Verleihungs-Rescripts nicht unterbrochen werden können, da durch dieses dem Waisenhause das Recht der Annaten weiter nicht, als in so weit es den Rechten nach auf gewisse beneficia gegründet ist, zu Theil worden, am wenigsten aber ad b) gedachtes Rescript unter der Eigenschaft eines neuen Gesetzes betrachtet werden mag, da es nur eine in vim fundationis geschehene cessionem iuris regii enthält, und daher die den Annaten unterworfene beneficia zum voraus setzt, hergegen in demselben nicht einmal die Königliche Gesinnung ausgedruckt ist, die beneficia der Stifter mit einer neuen Art der Annaten, so in den Reichsgesetzen nicht genehmigt ist, zu belegen;

26 endlich ad c) dem Stifte zu Walbeck die rechtliche Befugniß, auf die von alten Zeiten her und besonders in anno normali 1740 bis anher genossene Freyheit von Annaten selbst gegen den durchlauchtigsten Landesherrn sich zu beziehen, in den Gründen des vorigen Urtheils nichts bezweifelt wird, folglich auch das Stift auf solche Freyheit gegen das Potsdammer Waisenhaus deshalb mit Bestande sich gründen kann, weil gedachtes Waisenhaus durch die in dem Rescripte vom 25. Dec. 1725 erhaltene Cession zur Erhebung der Annaten von den zur Collation des Probstes gehörigen beneficiis sich nicht legitimiren, noch dadurch ein Recht auf beneficia welche den Annaten nicht unterworfen sind, beweisen kann, wohlfolglich der an und für sich richtige Rechtsgrund, daß die nach der Cession gegen den Cedenten erwachsenen Schutzreden dem Cessionarius nicht entgegen gesetzt werden können, in gegenwärtigem Falle keine Anwendung leidet, weil hier von solchen beneficiis die Frage vorwaltet, auf welchen schon vor der Cession das Recht der Annaten überall nicht statt gefunden, und die in gedachtem Rescripte ertheilte Cession weder auf dergleichen beneficia geschehen, noch auch auf solche mit einigem Bestande sich ausdehnen läßt;

27 Aus diesem allem zugleich VII) sich ergibt, daß wenn auch die domcapitularische Querel pro libello actionis im vorigen Urtheile angenommen werden können, sie dennoch

noch nach der Lage und Eigenschaft der Sache pro actione negatoria vtili deshalb anzunehmen gewesen, weil das Stift theils in der natürlichen, theils in der auf gemeinen Rechten beruhenden Freyheit von Annaten bey den von dem praeposito vergebenen beneficiis sich gründet, und demjenigen, welcher in libertate naturali oder in iure communi sich gründet die actio negatoria vtilis zustehet,

Boehmer in tr. de actionib. Sect. 2. c. 2. §. 48.

folglich nach Art und Eigenschaft dieser Klage, nach welcher der Beweis der abgeleugneten Befugniß dem beklagten Theile oblieget, 28

Stryk in Vsu mod. lib. 8. tit. 5. §. 4.
Pufendorf obs. iur. tom. 1. obs. 37.

dem Waisenhause der Beweis der angeblichen Befugniß, die Annaten von beneficiis, so unter der Vergebung des praepositi stehen, zu erheben, um so mehr obgelegen, als eines Theils die gemeinen Rechte diesem Anspruche gerade entgegen sind, andern Theils ein besonderes hievon abweichendes Recht nicht angeführet ist, und das Rescript vom 25ten Dec. 1725 ein mehreres nicht, als cessionem iuris annatarum Augustissimo ex iure communi competentis in sich hält;

Als sind wir diesem allem zu Folge der rechtlichen Meinung:

Daß das Directorium des Waisenhauses zu Potsdam zu der angegebenen Befugniß, die Annaten von den von dem praeposito des Stifts zu Walbeck vergebenen beneficiis zu fordern, für berechtiget nicht zu halten, derowegen sowohl die erste, als auch die in der Hauptsache angebrachte Appellations-Beschwerde gegründet ist, und Appellant nach den ausgeführten Gründen eine reformatoriam zu erhalten, die rechtliche Hoffnung für sich hat. 1778. 29



Num. 144.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

Quatenus et quomodo per ſuſceptionem noui beneficii prius amittatur, et quatenus principi euangelico in cauſis beneficiorum ius diſpenſandi competat.

Argvmenta specialia.

Status cauſae n. 1.
Quaeſtio prima. n. 2.

Rationes dubitandi.

Ex obſeruantia in germania pluralitas beneficiorum permiſſa videtur. n. 3.
Rigor iuris canonici inter proteſtantes locum non habet. n. 4.
Imprimis ſi obligatio ad reſidentiam non adeſt. n. 5.

Rationes decidendi.

Iuris canonici in cauſis beneficiorum magna eſt auctoritas etiam inter proteſtantes. n. 6. 17.
Interdicta eſt iure canonico pluralitas beneficiorum. n. 7.
Et amiſſio prioris beneficii cum ſuſceptione alterius coniuncta eſt. n. 8.
Quae diſpoſitio in plurimis capitulis vbi canonici ad reſidentiam obligati ſunt in viridi obſeruantia eſt. n. 9. 18.
Etiam in capitulo de quo quaeritur. n. 10. 11. 12. 13.
Et ad praepoſituras imprimis applicari poteſt. n. 14.
Amittitur prius beneficium ſi nouiter ſuſceptum obligationem ad reſidentiam imponit. n. 15.
Abſque ſpeciali obſeruantia vel diſpenſatione pluralitas beneficiorum non eſt permiſſa. n. 16.
Quaeſtionis primae deciſio. n. 19.
Quaeſtio ſecunda. n. 20.

Ratio dubitandi.

Prius beneficium per electionem ad alterum ipſo iure non amittitur ſed opus eſt ſententia priuatoria. n. 21.

Rationes decidendi.

Si prius beneficium cum perſonatu coniunctum eſt amiſſio fit ipſo iure per receptionem alterius. n. 22.
Collatori itaque competit ius atque obligatio beneficium vacans iterum conferendi. n. 23.
Quaeſtionis deciſio. n. 24.
Quaeſtio tertia. n. 25.
Amiſſo beneficio ceſſat cauſa percipiendorum redituum. n. 26.
Amiſſio prioris beneficii tamen non prius fit quam poſſeſſio alterius re vera ſuſcepta eſt. n. 27.
Reſignatio prioris itaque iniungi poteſt ſub poena beneficium pro amiſſo habiturum iri. n. 28.
In caſu contumaciae reſignatio ab abbatiſſa recte pro facta declaratur. n. 29.
In cauſis eccleſiaſticis iudicio imperii aulico cognitio non competit. n. 30.
Quaeſtionis deciſio. n. 31.
Quaeſtio quarta. n. 32.

Rationes dubitandi.

Ius diſpenſandi in his cauſis pontifici romano inter catholicos in regula competit. n. 33.

Quale

Quale ius intuitu capitulorum protestantium ad imperatorem deuolutum esse censetur. n. 34.

Itaque ab abbatissa exerceri nequit imprimis si contra statuta foret. n. 35.

Rationes decidendi.

Ius dispensandi circa beneficia ad ius circa sacra pertinet quod ante reformationem imperatori non competiit, nec post reformationem ab eo adquisitum est. n. 36.

Nec imperatori intuitu capitulorum catholicorum competit, quibuscum capitula protestantium iisdem iuribus vtuntur. n. 37.

Iura pontificis ad imperatorem nunquam translata sunt, sed ad principes euangelicos. n. 38.

Abbatissae itaque vi iuris territorialis et iuris circa sacra omnia competunt iura quae antea papalia fuerunt. n. 39.

Quae dispensatio cum vim statutorum non tollat ex iustis causis fieri potest. n. 40.

Quaestionis decisio. n. 41.

Rechtsgutachten.

Als die Herren uns eine Geschichts-Erzählung nebst verschiedenen hiebey zurückkommenden Beylagen und drey Fragen zugesandt und unser rechtliches Gutachten darüber zu ertheilen begehret; demnach erkennen wir auf fleissige derselben Verlesung und collegialisch gepflogene Erwägung für Recht:

1 Ist die Frau Pröbstin des kaiserlich freyen weltlichen Stiftes Quedlinburg bereits vor einigen Jahren zur Coadjutorin des Stiftes Herforden erwählet worden, da nun die bisherige Frau Aebtissin zu Herforden den 31ten März a. c. mit Tode abgegangen und gedachte Frau Pröbstin die mehrgedachte Herfordische Abtey wirklich erhalten, hingegen die dasige Probstey niederzulegen sich weigert, so entspringen folgende Fragen:

Erste Frage.

2 Ob nach den canonischen Rechten auch dasiger Fundation und Observanz laut den Anlagen erlaubt sey, daß die bisherige Frau Pröbstin und nunmehrige Frau Aebtissin zu Herforden die dasige Probstey-Prälatur zugleich behalten und davon die Einkünfte geniessen könne?

3 Ob nun wohl 1) von den im teutschen Reiche bey den Stiftern beiderley Religion vorkommenden häufigen Exempeln eingewandt werden möchte, daß die Rechte, welche die pluralitatem beneficiorum untersagen, fast in Abgang gekommen, immaßen bey hohen und niederen, unmittelbaren und mittelbaren Stiftern es nicht an Exempeln fehlet, daß jemand mit vielen beneficiis und Prälaturen zugleich providiret ist, und daher die Annehmung einer neuen Prälatur den Verlust der ältern nicht nach sich zieht, sic in illis Germaniae ecclesiis cathedralibus, in quibus ex recepta immemoriali consuetudine non requiritur residentia totius anni, potest quis plures simul habere canonicatus etiamsi ne dispensatio quidem interueniat,

Leurenius de foro benef. P. 3. Sect. 1. c. 2. qu. 64. et 110. in fine.

4 Bevorab 2) in Zweifel gezogen werden dürfte, ob ohnedem die Rechte der protestantischen Prälaturen nach der Strenge des iuris canonici beurtheilet werden können, weil solches in territoriis statuum euangelicorum nur in so weit es hergebracht ist,

seine Gültigkeit behalten, und in dem Reichsabschiede de anno 1544. §. 44. unter dem Namen der gemeinen geschriebenen Rechte in causis religionem concernentibus suspendiret worden,

Hertius tom. 1. resp. 24. n. 5.

worunter die causae praelaturarum et beneficiorum, quae euangelicis competunt, mit gerechnet werden dürften;

gleichwohl 3) ausser der Verordnung des iuris canonici keine Verordnung unter den Protestanten angezogen werden kann, vermöge welcher ein beneficiatus durch Annehmung eines neuen beneficii des bereits erworbenen beneficii verlustig werde, folglich bey dessen Ermangelung sowohl die Billigkeit, nach welcher keiner den Verlust eines einmal erworbenen Rechtes ohne erhebliche Gründe leidet, als auch die durch so viele Exempel bestätigte Observanz de pluralitate beneficiorum zum Grund zu legen zu seyn scheinet,

5 zumahl da 4) die Verbindlichkeit zur Residenz auch in verschiedenen Stiftern sehr relaxiret und auf gewisse Zeit im Jahre eingeschränkt worden, solchemnach die laxior residentia in verschiedenen Stiftern zugleich beobachtet werden kann und pflegt;

6 Dennoch aber und dieweil 1) das ius canonicum unter den Protestanten die vor der Reformation erhaltene gesetzliche Kraft und Gültigkeit in so weit behalten, als solches keine der Augsburgischen Confession, dem Religionsfrieden und Reichsgesetzen widrige Verordnungen in sich faßt,

Boehmer in iur. eccles. lib. 1. tit. 2. §. 74. 75.

am meisten aber in solchem Maaße in den Instituten, so selbst aus dem iure canonico beybehalten worden und bey den Streitigkeiten, so die Verleihung und Rechte der Beneficien und Prälaturen angehen, seine ungezweifelte Application hat,

Moser Staatsrecht lib. 1. c. 31. §. 8. tom. 2. p. 221.
Spener im teutschen Staatsrechte P. 1. lib. 1. c. 12. p. 382.

7 und dann 2) die canonischen Rechte überhaupt und vielfältig verordnen, daß keiner mehr als ein beneficium besitzen dürfe,

C. 7. 13. 14. 15. 18. X. de praebendis.
Ludov. Thomassinus de vet. et nov. eccles. discipl. P. 2. lib. 3. c. 1. sqq.
Gonzal. Tellez in Comment. ad Decret. lib. 3. tit. 5. c. 28.

und daher die multitudinem beneficiorum canonibus inimicam nennen,

C. 5. X. de praebendis.

dieses auch sowohl in Ansehung der geringern als der grössern Beneficien verfügen, est enim omni rationi contrarium, vt vnus clericus in vna vel diuersis ecclesiis plures dignitates vel personatus obtineat, cum singula officia in ecclesiis assiduitatem exigant personarum,

C. 13. X. de praebendis.

ideoque

ideoque nemo plures dignitates vel personatus habere praesumat etiamsi curam non habeant animarum,

C. 28. X. de praeb.

Dieserhalb 3) der Verlust des erstern und ältern beneficii darauf, wenn jemand neben demselben ein neues beneficium angenommen, gesetzt, und daß solches ipso iure für erlediget gehalten werden solle, verordnet ist, recepto enim nouo beneficio, priori, quod quis habet, ipso iure est priuatus,

8

C. 28. X. de praeb.
C. 32. eod. in 6to.

wie denn in einem Falle da ein Canonicus neben seinem erstern beneficio eine Probstey in einer andern Kirche angenommen, aus dem Grunde, in

C. 9. X. de concess. praeb.

auf den Verlust des erstern Canonicats erkannt worden,

Hiernächst 4) diese Verordnung in der Verbindlichkeit der clericorum canonicorum und der Canonissinnen Residenz zu halten, und den vorgeschriebenen Gottesdienst abzuwarten, ihren gewissen Grund hat, und am meisten in Stiftern, wo beneficiati zur beständigen Residenz verbunden sind ihre beständige Application behalten, wie *Leurenius* de vacatione beneficiorum ob incompatiabilitatem

9

in tr. de foro beneficiali P. 3. Sect. 1. c. 2.

ausgeführt; si enim is qui iam obtinet beneficium residentiam postulans, electus fuerit a canonicis vel aliis clericis ad aliud beneficium, quod similiter residentiam requirit, vtrumque retinere nequit, sed prius dimittere tenetur,

Henr. Pirhing in iur. can. lib. 3. tit. 5. Sect. 3. §. 43. n. 143.

welche angeführte Gründe 5) im gegenwärtigen Falle um so mehr eintreten, als das kaiserliche freye weltliche Stift Quedlinburg vermöge der ersten Stiftung in einer Behuf des daselbst täglich abzuwartenden Gottesdienstes errichteten congregatione virginum sanctimonialium bestanden, und sie daher in der kaiserlichen Urkunde Otto des ersten vom Jahre 937 sanctimoniales inibi in Dei seruitio congregatae, und in der Urkunde Otto des zweyten v. J. 961 sanctimoniales ibidem Domino famulantes genannt, und ihnen das monasterium in monte Behuf ihrer Congregation geschenkt worden, folglich ihre erstere Stiftsverfassung sofort perpetuam residentiam erfordert, bevorab die Canonissinnen an die Regeln Sti Augustini gebunden gewesen;

10

Kethner in antiquit. Quedl. p. 194.

wie denn 6) dergleichen congregationes sanctimonialium die gemeinschaftliche Verfassung gehabt, quod ad canonicorum institutum sanctimonialibus seu canonicis virginibus fuerit praescripta ratio viuendi, vsque sub Abbatissae imperio intra collegii claustrum vna bonorum communicatio vna habitatio fuerit vna mensa et psallendi chorus

 Scha-

Schaten in annal. Paderborn. ad a. 816.
Boehmer in iure eccles. lib. 3. tit. 1. §. 20.

11 ferner 7) diese auf die canonischen Rechte und die alte Stiftsverfassung sich gründende Verbindlichkeit zur beständigen Residenz durch eine beständige Observanz beybehalten, und deshalb in nachfolgenden Zeiten keine Canonissinnen in das Stift aufgenommen worden, wenn sie nicht zuvörderst ihr ersteres beneficium niedergelegt, und sich dadurch in Stand gesetzt, die erforderliche Residenz zu halten;

12 wie dann 8) die in Anlagen vorkommenden Exempel ergeben, daß der Erzbischof zu Magdeburg und Mainz Albert, eine Fräulein Barbara von Krosig nur unter gemachter Hoffnung, daß sie vermittelst päbstlicher Dispensation den geistlichen Orden niederlegen würde, zur Pröbstin im Stifte Quedlinburg im Jahre 1533 recommandiret, und hinwiederum die Aebtissin Anna ihr aus gleicher Ursach, und weil sie bereits mit geistlichen Orden versehen, dieses Gesuch abgeschlagen,

gleichergestalt 9) die Gräfin von Oldenburg Sidonia anders nicht, als unter der Bedingung, daß sie ihre Stelle zu Gandersheim resigniren würde, im Jahre 1638 die Ertheilung einer erledigten Canonissinstelle im Stifte Quedlinburg erhalten, und in solcher Absicht der gräflich Oldenburgische Canzler Robert Hack in einem Schreiben vom 26ten März 1640 gemeldet, daß gedachte Gräfin sich durch die zu bewirkende Resignation zur bevorstehenden Introduction ins Stift Quedlinburg habilitiren würde, nicht weniger ebengedachter Canzler in einem Schreiben vom 10ten Nov. 1640 angezeigt, daß vorgenannte Fräulein bey einem kurz darauf erhaltenen anderweitigen Antrag zur Dechantin-Stelle zu Herforden dieses zur Entschuldigung angeführet, daß sie als ernannte Canonissin zu Quedlinburg stets residiren müßte, und obwohl derselbe sowohl als der Graf Christian von Oldenburg in einem Schreiben vom 12ten Nov. 1640 bey der Aebtissin Dorothee Sophie zu Quedlinburg Ansuchung gethan, daß, da sie, als Dechantin bey dem Stifte Herforden zu residiren nicht obligirt sey, und hergegen ihre Residenz bey dem Stifte Quedlinburg wohl halten wollte, die damalige Frau Aebtissin in die Annehmung der Dechantin-Stelle consentiren möchte, dennoch gedachte Aebtissin in dem Antwortschreiben vom 30ten Nov. 1640 solchen Consens abgeschlagen, und in folgenden Worten sich auf das den canonischen Rechten gemäße Herkommen bezogen:

> so erinnern wir uns in dergleichen, was wir uns hiebevor resolviret, daß nehmlich bey unserm Stift nicht herkommen, daß hiesige Stifts-Fräulein zugleich an mehr Orten Stifts-Stellen haben können. Wie uns nun zu unsers Stifts Präjudiz und aus sonderbaren wichtigen Ursachen von solcher Observanz dergestalt abzuweichen bedenklich, so lassen wir es nochmahls dabey bewenden.

endlich der weitere der Sache Erfolg ausgewiesen, daß als ferner gedachte Fräulein kurz darauf zur Aebtissin zu Herforden erwählet worden, selbige die Stiftsstelle zu Quedlinburg völlig abgelehnet;

dieses

dieses besondere Exempel aber 10) nach allen seinen Umständen deutlich ergibt, daß, sowohl bey den Stiftsstellen zu Quedlinburg die Verbindlichkeit ad perpetuam residentiam vorhanden sey, als auch eben deswegen die Verordnung der canonischen Rechte, daß eine dasige Canonissin in einem andern Stifte nicht zugleich eine Stelle haben könne, in viridi obseruantia geblieben;

welches dann 11) auch dadurch bestätiget wird, daß eine jederzeitige Canonissin 13 vermöge ihrer ausgestellten Reversalien bey einer jedweden sich ereignenden Veränderung, wie solches auch in

C. 9. X. de concess. praeb.

in casu noui delati beneficii verordnet wird, ihre Stiftsstellen in die freye Hand der Frau Aebtissin zu resigniren verbunden ist, wie denn der erwählten Coadjutorin Anne Sophie, als selbige in dem 6ten Puncte ihrer Capitulation sich reversiret, sich in keine Wege von dem Stifte abhandeln zu lassen im Jahre 1644 von der Aebtissin Dorothee Sophie darüber diese Declaration ertheilt worden, daß ihr dadurch die bey den Stiftern gewöhnliche und aus erheblichen und rechtmäßigen Ursachen vorgenommene Resignation nicht abgeschnitten und benommen sey;

welche jetzt angeführte Gründe 12) bey der Probstey-Prälatur um so mehr ihre 14 völlige Anwendung finden, als selbige in

C. 28. X. de praebendis.

auf dignitates et personatus ausdrücklich gerichtet worden, und die bey dasigem Stifte überhaupt erforderliche Verbindlichkeit zur beständigen Residenz auch bey der Probstey-Prälatur liegt, wie sowohl solches natura officii praepositurae an und für sich, als auch dessen Eigenschaft im Stifte Quedlinburg mit sich bringet, welche in dem Antwortschreiben der Aebtissin Anne von Stollberg an Georg von Sachsen vom J. 1533. darin gesetzt wird:

daß einer Probstinne allhie im Stifte täglich mit zu Chor zustehen, singen und leßen zu helffen, damit der Gottesdienst erhalten, gebare,

und daher gedachte Aebtissin eine damals vorgeschlagene Pröbstin nur unter der Bedingung,

daß sie sich ihrem Amte nach aller Gebür helffe halten,

angenommen, und auf den Fall da solches von selbiger nicht geleistet würde,

sie wiederum des Amtes zu entsetzen,

sich vorbehalten;

nicht weniger 13) die bisherige Frau Pröbstin in ihrer Capitulation den täglichen Gottesdienst in der Stiftskirche abzuwarten, den christlichen Gesängen und Cäremonien daselbst beyzuwohnen, und sich ausser Gottesgewalt und Ehehaften davon nicht abhalten zu lassen sich verpflichtet, und dadurch zur perpetua residentia verbindlich gemacht, siquidem muneris sacri executio veram beneficii residentiam constituit,

Boehmer in iur. eccles. lib. 3. tit. 4. §. 39.

wie

wie dann 14) die Aebtissin Anne Dorothee im Jahre 1698 die damalige ohne Erlaubniß verreisete Pröbstin, vermöge der ihr obliegenden Verbindlichkeit ad perpetuam residentiam sub poena suspensionis und bey Verlust ihrer Prälatur die Anweisung thun lassen, sich nach Anweisung ihrer Capitulation zu betragen, und durch ihre Zurückkunft den so theuer anbefohlenen Gottesdienst fleissig zu besuchen, solche Verordnung auch, so weit sie die Beobachtung des Gottesdienstes betrifft, durch das kaiserliche Rescript Leopolds vom 18ten Nov. 1698 bestätigt, und darneben die damalige Pröbstin, der Frau Aebtissin allen schuldigen Gehorsam insonderheit zu Fortsetzung des Gottesdienstes jederzeit zu erweisen, durch ein anderweitiges kaiserliches Rescript de eod. dato angewiesen worden;

15 solchemnach da 15) eine zeitige Pröbstin sowohl vermöge der allgemeinen Verordnung des iuris canonici als auch vermöge der im Stifte Quedlinburg darauf sich gründenden Observanz beständige Residenz zu halten verbunden ist, hiemit die Annahme einer Prälatur in einem andern Stifte nothwendig streitet, und selbige daher hiedurch ihrer erstern Prälatur nach Verordnung des obangeführten

C. 28. X. de praeb. et
C. 9. X. de concess. praeb.

verlustig wird, solches auch im gegenwärtigen Falle um so mehr eintritt, da die Frau Pröbstin als nunmehrige Frau Aebtissin zu Herforden in diesem Stifte gleichmäßige Residenz zu halten verbunden ist, per obtentionem enim secundi beneficii, residentiam praecisam requirentis ipso iure vacat, quodcunque beneficium praehabitum similem residentiam requirens,

Leurenius de foro beneficiar. P. 3. Sect. 1. c. 2. qu. 110.

welchem allem die oben berührten Zweifel nicht entgegenstehen,

16 anerwogen ad 1) die in einigen Stiftern verstattete Erlaubniß mehrere Canonicate zugleich zu besitzen, theils auf eine gegen die gemeinen Rechte eingeführte Observanz, theils auf ertheilte Dispensationen sich gründet, und erstere nur bey solchen Stiftern erwachsen, wo die Residenz auf wenige Monate des Jahres eingeschränket ist, mithin solche in verschiedenen Stiftern zugleich gehalten werden können, dahergegen diese Gewohnheit in solchen Stiftern nicht zu finden ist, in welchen die Verbindlichkeit geblie-

17 ben, die beständige Residenz das ganze Jahr durch zu halten; ferner die rat. dub. 2. bereits gehoben ist, und der angezogene Reichsabschied bloß von Sachen redet, welche eigentlich religionem et Augustanam confessionem betreffen, worunter die ex iure canonico beybehaltenen instituta canonica nicht gehören, folglich auch rat. dub. 3. von selbst wegfällt, und vielmehr die Stiftsverfassung und die darauf sich gründende Verbindlichkeit, den vorgeschriebenen Gottesdienst in dem Stifte abzuwarten, den Verlust einer Stiftsstelle bey Annehmung einer auswärtigen Prälatur auch selbst nach der Billigkeit auf gleiche Weise nach sich ziehet, als jemand durch Annehmung eines auswärtigen Staats-Amtes den Verlust des erstern Amtes und Bedienung leidet, welches er nunmehr zu versehen nicht mehr im Stande ist;

end-

endlich ad 4) von Stiftern in welchen die Verbindlichkeit, Residenz zu halten nur 18 auf wenige Monate des Jahres eingeschränkt ist, auf diejenigen Stifter keine Folge gezogen werden kann, in welchen die alte Verfassung und Verbindlichkeit zur beständigen Residenz beybehalten worden;

Als sind wir der rechtlichen Meinung:

daß nach den canonischen Rechten auch dasiger Fundation und Observanz 19 nicht erlaubt sey, daß die bisherige Frau Pröbstin und nunmehrige Frau Aebtissin zu Herforden die dasige Probstey zugleich behalten, und davon die Einkünfte geniessen könne, sondern dieser Probstey-Prälatur durch Annehmung der neuen Prälatur zu Herforden verlustig worden.

Zweyte Frage.

Ob nicht die durch solche Mutation und ipso iure vacant gewordene Probstey 20 von der dasigen Frau Aebtissin als Collatricin hinwiederum zu besetzen sey?

Ob nun wohl ein simplex beneficium dadurch, daß der beneficiatus ein neues 21 beneficium ohne Dispensation angenommen, nach den canonischen Rechten ipso iure nicht eröffnet wird, immaßen in

C. 7. et 14. X. de praeb.

einem solchen beneficiato nur die Wahl, eines von beyden wieder nieder zu legen und das andere zu behalten, gelassen, und wenn gleich in

C. 3. X. de clericis non resid.

die priuationis poena auf eines von beyden gesetzt ist, dennoch solches von den Rechtslehrern de priuatione per sententiam angenommen wird,

Laurenius de foro benef. P. 3. Sect. 1. c. 2. qu. 110. n. 1.

hergegen die priuatio quae ipso iure fit, bey beneficiis simplicibus durch das inter euangelicos nicht geltende concilium Tridentinum

De reformat. sess. 7. c. 4.

eingeführt worden, solchemnach daß bey gegenwärtiger Frage eine sententia priuatoria zum voraus zu setzen sey, es das Ansehen gewinnet;

Dennoch aber und dieweil 1) hier von einer Prälatur-Präbende seu beneficio 22 dignitatem annexam habente gefragt wird, von welchem auch bereits im canonischen Rechte durch die neuere Verordnung Innocentii III. in Concilio Lateranensi v. J. 1216 versehen ist, vt quicunque receperit aliquod beneficium curam animarum annexam habens, vel dignitatem vel personatum, si prius tale beneficium habuerit, eo sit ipso iure priuatus,

C. 28. X. de praebend.
C. 9. X. de conceff. praeb.
C. 32. de praeb. in 6to.
C. 4. Extrav. commun. de praeb.

Hergegen was 2) hierunter in den jetzt angeführten Stellen verordnet gewesen, durch die vorhin bemerkte Stelle des Concilii Tridentini nur auf beneficia simplicia neque curam animarum neque dignitatem annexam habentia extendiret worden;

23 Darneben 3) der bey beneficiis curatis, dignitatibus et personatibus propter adeptionem noui beneficii ipso iure bestimmte Verlust im

Cit. cap. 28. X. de praeb.

dergestalt bestätigt worden, daß dem ordinario collatori nicht allein das Recht das solchergestalt eröffnete beneficium sobald der beneficiatus das neue beneficium angenommen nach dem bey der folgenden Frage vorkommenden modo zu vergeben, beygelegt, sondern auch solches binnen 6 Monaten zu vergeben sub poena iuris deuolutionis demselben auferlegt ist, is enim, ad quem prioris spectat donatio, illud, post receptionem alterius, libere conferat, cui merito viderit conferendum, et si vltra sex menses conferre distulerit, non solum ad alium, secundum concil. Lateran. statutum, deuoluatur, verum etiam tantum de suis cogatur prouentibus in vtilitatem illius ecclesiae, cuius est illud beneficium, assignare quantum a tempore vacationis ipsius ex eo constiterit esse perceptum

Cit. c. 28. X. de praeb.

24 und dann 4) diese Verordnung bey dem in Frage kommenden Fall, da die Frau Pröbstin neben ihrer, eine beständige Residenz erforderden Probstey-Prälatur, die neuerlich angetragene Abtey-Prälatur zu Herforden angenommen, die richtige Anwendung gewinnet, cum praedicta constitutio ad omnes abbates, abbatissas, vel ceteros clericos dignitates, vel personatus obtinentes pertineat,

Gonzalez ad Decret. lib. 3. tit. 5. c. 28. n. 8.

und daher ihre bisherige Probstey-Prälatur den Rechten nach für eröffnet zu halten;

solchemnach 5) der Frau Aebtissin zu Quedlinburg solche wiederum anderwärts zu vergeben um so mehr berechtigt, als die ordinaria collatio der Probstey-Präbende derselben nach den Anlagen

sub num. 18. 19. 20. 25. 30.

ungezweifelt zukömmt, und dem ordinario collatori auch in diesem casu vacantiae ipso iure contingentis die Vergebung in

C. 28. X. de praeb.

ausdrücklich beygelegt ist;

Als halten wir in den Rechten dafür:

daß die Frau Aebtissin Durchl. die durch solche Mutation und ipso iure eröffnete Probstey als ordinaria collatrix hinwiederum zu besetzen berechtiget sey.

Dritte Frage.

25 Von welcher Zeit an die Frau Pröbstin und Aebtissin zu Herforden dem dasigen Stif-

Stifte die Nutzungen und Einkünfte heraus zu geben schuldig, und auf was Weise dieselbe zu ihrer Schuldigkeit anzuhalten sey?

Ob nun wohl das erstere beneficium sofort durch die ertheilte Einwilligung in das zweyte angetragene beneficium eröffnet zu seyn scheinet, und deshalb gleich von solcher Zeit an die causa percipiendorum redituum beneficii cessiren möchte, immaßen dazu in 26

C. 28. X. de praeb.

bloß die receptio posterioris noui beneficii erfordert wird;

Dennoch aber und dieweil 1) die Annehmung eines neuen beneficii nicht unbillig cum effectu von der wirklichen Besitznehmung zu verstehen ist, vt enim per adeptionem secundi beneficii vacet prius, requiritur vt secundum beneficium non tantum sit collatum et acceptatum, sed etiam beneficiatus pacificam possessionem secundi beneficii sit adeptus vel per eum steterit, quo minus adipisceretur, 27

Pirrhing in iure canon. lib. 3. tit. 5. sect. 5. §. 155.

solchemnach sobald die Frau Pröbstin zu dem Besitze der neuen Abtey-Prälatur und zur Hebung der davon rührenden Einkünfte gelanget, von solcher Zeit ihr Recht aufhöret, die Probstey-Einkünfte weiter zu heben;

Hiernächst 2) soviel den modum procedendi betrifft, nach Maßgebung der canonischen Rechte am rathsamsten ist, wenn die Frau Aebtissin zu Quedlinburg diesen Vorfall in capitularische Berathschlagung zieht, und gedachter Frau Pröbstin vermittelst Decrets auferlegt ihre Probstey-Prälatur binnen Monatsfrist zu dero freyen Händen, unter der Verwarnung daß sie sonst für erlediget erkläret werden würde, zu resigniren, wie solche Vorschrift in den Worten des 28

C. 9. X. de concess. praeb.

cum praebenda illa etsi non de facto, de iure tamen vacare noscatur, iam dictum praepositum, vt praebendam illam sine difficultate resignet, monitione praemissa, per censuras ecclesiasticas cogatis enthalten ist, qui enim plura beneficia simul absque canonica dispensatione retinere praesumunt, ea intra mensem verbo et facto ac sine fraude coram ordinariis sub testimonio similiter publico dimittere tenentur,

C. 4. Extrav. comm. de praeb. §. nouo.

und wenn 3) gedachte Frau Pröbstin Durchl. die Resignation solcher Gestalt zu thun sich weigern sollte, solchenfalls die resignatio pro facta und die Probstey Präbende für erlediget zu erklären und solches durch die Einziehung der Probstey-Revenüen zum Effecte zu bringen; 29

Hiezu aber 4) die Frau Aebtissin zu Quedlinburg als ordinaria und Haupt des Stifts, berechtiget ist, da solches überhaupt in cit. cap. als ein ius ordinarii angesehen wird, die Frau Pröbstin auch in ihrer Capitulation art. 3. der Frau Aebtissin als der ordinariae und Haupte des Stiftes nach den geistlichen und weltlichen Rechten alle gebührende Reverenz, Ehrerbietung und Obedienz zu leisten, und in ihren Reversalien in allem den geschriebenen Rechten sich gemäß zu bezeigen si[ch] verpflichtet hat,

überdem 5) eine jederzeitige Canonissin vermöge ihrer Reversalien

N. 28. der Anl.

bey einer vorseyenden Veränderung sich verbunden, keine Mutation eher vorzunehmen, bevor sie nicht ihre Stelle zu der Frau Aebtissin freyer Hand hinwiederum resigniret, folglich in einer solchermassen auferlegten Resignation die Befolgung dessen enthalten, wozu sie vermöge der Reversalien verbunden;

30 dagegen 6) wenn wider Vermuthen die Frau Pröbstin an Ihro Kaiserliche Majestät oder den Reichshofrath sich wenden sollte, zu hoffen steht, daß Sr. Kaiserliche Majestät nicht verstatten werden, daß Dero Reichshofrath in einer causa mere ecclesiastica und welche die innere Stiftsverfassung angehet, einiges Erkenntniß gegen die Reichsgesetze und Reichsobservanz ergehen lasse,

endlich auch dieses 7) eine Sache betrifft, welche die Festhaltung der, der Frau Aebtissin competirenden Gerechtsame sowohl in dieser als andern durch irgend eine Veränderung der Stiftscanonissinnen erwachsenden Vacanzen angehet, wobey Hochdieselbe allenfalls die Vertretung des hohen Schutzherrn nachzusuchen berechtiget ist;

Als sind wir der rechtlichen Meinung:

31 daß die bisherige Frau Pröbstin und Frau Aebtissin zu Herforden dem dasigen Stifte die Nutzungen und Revenüen nur von Zeit der Besitznehmung ihrer neuen Prälatur und Hebung der Revenüen derselben, heraus zu geben verbunden sey; Im übrigen selbige auf angezeigte Weise zur Resignation ihrer Probstey-Prälatur anzuhalten.

Vierte Frage.

32 Ob bey diesem Falle Sr. Kaiserliche Majestät nach dem Westphälischen Frieden, obwohl daselbst weder ante noch post reformationem dergleichen casus vorgefallen, in welchem eine Dispensation ertheilet worden, zu dispensiren, oder ob auch die Collatricin dergleichen salua conscientia zu thun vermögend sey?

33 Ob nun wohl 1) bey dergleichen Vorfalle das ius dispensandi in catholischen Stiftern bloß dem Pabste reserviret und daher in

C. 28. in f. X. de praeb.

verordnet worden, circa sublimes et literatas personas, quae maioribus beneficiis sunt honorandae cum ratio postulauerit, per sedem papalem posse dispensari, und eben daher den Bischöfen und andern Prälaten das ius dispensandi besonders in Fällen, wo jemand zwey beneficia perpetuam residentiam desiderantia oder plures dignitates zugleich behalten soll, abgesprochen und nur in casu magnae necessitatis vel publicae et euidentis vtilitatis verstattet wird,

Pirrhing in iure canon. lib. 3. tit. 5. sect. 5. §. 8. n. 184.
Rebuffus in praxi dispensandi, tit. de dispensat. ad plura benef. n. 26. sqq.

fol-

solchergestalt selbiges hieraus auch der Frau Aebtissin in Zweifel gezogen, und vielmehr

2) behauptet werden möchte, daß Kaiserliche Majestät nach geschehener Reformation in die Rechte der Päbste bey unmittelbaren protestantischen Stiftern getreten, und dem Kaiser als dem obersten Haupte zugleich amplissima potestas in sacris zukomme, 34

Beck de triplici aduocat. Imperat. prol. §. 4.

Struuius in corp. iur. publ. p. 399.

wovon sonst das ius dispensandi circa beneficia als ein ius maiestaticum sacrum dependiret;

endlich 3) bey einer von der Frau Aebtissin zu ertheilenden Dispensation ein Bedenken aus der Wahlcapitulation erwachsen will, vermöge welcher Höchstdieselbe die Statuten, Gewohnheiten und Gerechtigkeiten des Stifts zu handhaben sich verpflichtet, und es gleichwohl gegen die bisherige Stiftsverfassung laufen würde, wenn bey einer der ansehnlichsten Stifts-Prälaturen die Verbindlichkeit ad residentiam vermittelst einer solchen Dispensation relaxiret würde, überhaupt auch das ius dispensandi gegen die durch öffentliche Verträge bestätigte Stifts-Statute einem principi euangelico in Zweifel gezogen wird, si enim princeps speciale pactum cum capitulo iniit de eius statutis seruandis potestas eius adstricta est ad leges pacti et capitulationis, 35

Boehmer in iur. eccles. lib. 1. tit. 20. §. 8.

Dennoch aber und dieweil 1) das Dispensations-Recht circa beneficia als ein Theil des iuris circa sacra anzusehen, so kaiserliche Majestät vor geschehener Reformation in den teutschen Stiftern nicht gehabt, sondern welches von Päbsten und andern Prälaten geübt worden, nach geschehener Reformation aber 36

2) und nachdem alle päbstliche Rechte per art. V. §. 19. Instr. Pac. in den protestirenden Stiftern aufgehoben worden, der Kaiser weder in den Besitz desselben Rechts gekommen, noch auch einen titulum hiezu in den Reichsgesetzen, Religions-Frieden, Instrumento pacis oder dem Reichsherkommen für sich erhalten;

Diesem auch 3) hinzutritt, daß, so wenig der Kaiser zu dergleichen iure dispensandi in catholischen Stiftern berechtigt ist, eben so wenig demselben solches in Stiftern der evangelischen Reichsstände beyzulegen, und doch gleichwohl evangelische Reichsstände nach den Reichsgesetzen gleiche Gerechtsame mit den catholischen haben sollen, so lange nichts anderes ausdrücklich verordnet ist, wie dann auch diese Gründe von 37

Moser im teutschen Staatsrechte B. 2. C. 18. §. 6.

gegen das von einigen dem Kaiser zugelegte ius circa sacra ausgeführet, und ein gleiches in simili gegen das ius deuolutionis bey den Stiftswahlen von

Boehmer in iure eccles. lib. 1. tit. 9. §. 12.

behauptet worden;

hierbey auch 4) der angeführte Satz daß der Kaiser in die päbstlichen Rechte getreten, von geringer Erheblichkeit ist, weil weder zu behaupten stehet, daß solches ip- 38

ipso iure geschehen, noch auch solche Rechte dem Kaiser so wenig durch ein Reichsgesetz als durch ein Reichsherkommen beygeleget, vielmehr von evangelischen Reichsständen selbst exerciret worden,

Stryk de iure papali et episcopali principum euangel. c. 2.

endlich 5) von Moser l. c. §. 5. mit Grunde geurtheilet wird, der Kaiser bleibe deswegen doch das Reichsoberhaupt, und darum, weil er solches ist, dürfe man ihm nichts zulegen, was wider die Reichsgesetze oder das Reichsherkommen ist, oder alles zulegen, was nach den Schulregeln zu den Magistrats-Gerechtsamen gehöret,

39 Im übrigen 6) der Frau Aebtissin vermöge der Landeshoheit und iuris circa sacra alle diejenigen Rechte zukommen, welche auch sonst ante reformationem ad reservata papalia gerechnet worden;

Boehmer l. c. lib. 1. tit. 31. §. 45. et 47.
Idem in Cons. et Decis. tom. 1. P. 1. resp. XV. arg. 1.
Stryk l. c. cap. 2. §. 2.

folglich auch Höchstdieselbe zu dem iure dispensandi in diesem sonst den Päbsten reservirten Falle berechtiget,

40 auch 7) hierunter durch die angezogene Capitulation nicht gebunden ist, anerwogen eines Theils eine Dispensation die statuta und Observanzen nicht aufhebet, sondern vielmehr in casu non excepto bestätiget, andern Theils der in Frage kommende Punct nicht sowohl ein speciale statutum als vielmehr eine auf gemeine canonische Rechte sich gründende Observanz betrifft, gegen welche ex iure circa sacra das ius dispensandi unbenommen ist, wenn gleich sonst die dispensatio contra specialia statuta pacto et capitulatione confirmata mehrerem Bedenken unterworfen;

letztens 8) wie der rechtmäßige Gebrauch des iuris dispensandi überhaupt iustam causam zum Grunde setzet, so auch bey diesem Falle darauf in iure canonico gesehen, und die Dispensation in dem Falle cum ratio id postulauerit,

C. 28. X. de praeb.

bey personis sublimibus et literatis gebilliget worden;

unter solchen iustis causis aber 9) vornehmlich diese 3 causae, als necessitas ecclesiae, magna vtilitas eiusdem, et euidens praerogatiua meritorum beneficiati in Betracht gezogen werden,

Pirrhing in iur. can. lib. 3. tit. 5. sect. 5. §. 8. n. 191.

mithin bey einer eintretenden iusta causa rechtsbeständig, folglich salua conscientia dispensiret werden kann;

Als sind wir der rechtlichen Meinung:

41 daß Sr. Kaiserlichen Majestät ein Dispensations-Recht bey diesem casu nicht beygelegt werden könne, hergegen die Frau Aebtissin hierunter bey eintretender erheblichen Ursache salua conscientia zu dispensiren berechtigt sey. 1750.

Num. 145.

Num. 145.

RESPONSVM.

THEMATATA GENERALIA.

I. De validitate et effectu clausulae testamento reciproco adiectae per quam superstiti facultas mutandi testamentum data est.

II. De facultate testatoris vsumfructum parentibus ex statutis competentem adimendi.

Argvmenta specialia.

Species facti. n. 1.
Quaestio prima. n. 2.

Rationes dubitandi.

Testamentum correspectiuum quod in regula mutari nequit, mutari potest si contestatores hanc facultatem sibi permiserunt. n. 3.
Regula iuris romani testamentum in alterius arbitrium conferri non posse iure canonico sublata est. n. 4.
Imprimis si de communibus bonis dispositio facienda. n 5.
Cum testamentum commune demum post mortem vtriusque testatoris effectum habeat, superstiti ius mutandi competit. n. 6.

Rationes decidendi.

Testamenti reciproci de quo quaeritur dispositio exponitur. n. 7. 8.
Heredis institutio ex die certo per clausulam codicillarem sustinetur. n. 8.
Vno ex duobus testatoribus simul testantibus defuncto, eius hereditas defertur heredi. n. 9.
Heres suus institutus ipso iure hereditatem acquirit. n. 10.
Omissio publicationis testamenti non nocet validitati eius. n. 11.
Pater liberos sub conditione casuali instituere nequit. n. 12.
Superstes ex duobus testatoribus qui ne heres eius quidem est, de defuncti patrimonio disponere nequit. n. 13.
De propriis vero facultas testandi non obstante testamento reciproco libera est, si ea in testamento reseruata est. n. 14.
Heredis institutio nec hodie alieno arbitrio permitti potest. n. 15. 16.
Vltimae voluntatis magna auctoritas tum demum adest, si legibus conuenienter facta est. n. 17.
Etsi coniuges in communione bonorum sunt, tamen dispositio vnius de omnibus bonis non valet. n. 18.
Quaestionis decisio. n. 19.
Quaestio secunda. n. 20.
Bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno. n. 21.
Legitima nullo modo onerari potest. n. 22.
Nepotes in stirpes succedunt. n. 23.
In legitimam omnia computantur quae heres qua talis accepit. n. 24.
Hereditate ad praestanda legata non sufficiente detractio fit pro rata. n. 25.
Quaestio tertia. n. 26.
Qualitas fideicommissaria bonorum non impedit quo minus matri vsusfructus competat. n. 27. 31.
Vtrum vsusfructus maternus adimi possit et ademtus sit dubitatur. n. 28.

Adem-

Ademtio vsusfructus tacita eandem vim habet ac expressa. n. 29.
Vsusfructus parentibus ex statutis competens vsque ad legitimam recte adimi potest. n. 30.
Quaestio quarta. n. 31.
Quidquid ad obtinendum communem finem impenditur, pro rata restituendum est. n. 32.

Rechtsgutachten.

§. 1.

1 Aus den Acten, welche mir zu Ausstellung eines Rechtsgutachtens zugefertiget worden, erhellet, daß Franz und Margarethe zwey wohlvermögende Eheleute unterm 18ten Jun. 1740 ein elterliches Testament und fideicommissarische Disposition über ihr gesammtes Vermögen gemeinschaftlich errichtet, ihren einzigen Sohn Henrich Franz und den von ihrer verstorbenen Tochter Antonette Elisabeth Margarethe hinterlassenen Enkel Franz Balthasar zu Erben unter einem geordneten Fideicommiß eingesetzet, auch in §. 21. sich ausdrücklich vorbehalten, daß dem letztlebenden von ihnen die freye Gewalt ertheilet und vorbehalten bleiben solle, diesen letzten Willen nach Gutbefinden zu ändern, zu mindern, zu mehren oder gar aufzuheben und anders zu testiren.

§. 2.

Nach dem im Jahr 1748 erfolgten Absterben des Testirers Franz ist die Publication dieses Testaments, weil es ein testamentum correspectiuum enthalte, mittelst Erkenntniß des hochpreislichen Reichs-Hofraths bis auf Absterben der Mittestatricin inhibiret worden. Indessen hat diese noch 25 Jahr gelebt, und das gesammte Vermögen in Besitz und Genuß gehabt: besonders aber hat sie das mit ihrem Ehemann gemeinschaftlich errichtete Testament kraft der vorerwähnten Clausul in verschiedenen Puncten abgeändert und eine neue testamentarische Disposition aufgerichtet.

§. 3.

Die Veranlassung zu dieser Veränderung ist daher erwachsen, weil ihr Sohn Henrich Franz, ungeachtet ihm nach Ableben seines Vaters das von seinem Onkel N. gestiftete ansehnliche Fideicommiß angefallen, derselbe auch durch die im Jahr 1752 mit der Sibille getroffene Heyrath ein großes Vermögen erhalten, nichts desto weniger von Zeit zu Zeit viele Schulden gemacht, und darauf im Jahr 1765 mit Hinterlassung dreyer Kinder und einer großen Schulden-Last verstorben.

§. 4.

Da nach Absterben Henrich Franz die Wittwe desselben Sibille den Fehler begangen, und ohne eine Absonderung der Güter zu suchen, in gemeinschaftlicher Nahrung sitzen blieben, ist sie auf Andringen der Gläubiger zu Bezahlung der Schulden ihres Ehemannes

mannes vertheilet, jedoch ihr in den höchsten Reichsgerichten der Regreß an das ihrem Ehemann angestorbene väterliche Vermögen vorbehalten worden.

§. 5.

Da indessen Sibille sich im Jahr 1769 mit Cajus wieder verehlichet: hat hinwiederum Margarethe als Großmutter der von Heinrich Franz nachgelassenen Kinder, in der Absicht, mit dem Ihrigen und ihres sel. Ehemanns Franz Vermögen ihre Enkel wieder wohl zu setzen, die testamentarische Disposition errichtet gegen welche nunmehr Cajus die vorbehaltenen vermeintlichen Rechte seiner Eheconsortin geltend zu machen suchet, jedoch auch zu einer anzunehmenden Abfindung sich nicht abgeneigt bezeigt.

§. 6.

Bey dem Bedenken, so hiebey die executores testamenti, die Vormünder der minderjährigen Kinder des Heinrich Franz und der Fideicommiß-Administrator besonders bey dem Nachtheil, welcher den minderjährigen Kindern aus dem widrigen Ausgang dieser Rechtsangelegenheit erwachsen dürfte, sich zu machen Ursach haben, entstehet hiebey die

Erste Frage.

Ob die vorhin §. 1. angeführte clausula testamenti sic dicti correspectiui die Margarethe ermächtigen können, über das Vermögen ihres 25 Jahr vor ihr verstorbenen Ehemanns Franz so frey, auch ohne Rücksicht auf den dem Sohn Heinrich Franz bereits angestorben gewesenen Pflichttheil aus dem väterlichen Vermögen zu disponiren, wie sie in ihrem letzten Testamente gethan hat? 2

§. 7.

Nun hat es allerdings einen nicht geringen Schein, daß 1) in gedachter Clausul von beyden Testatoren dem längst lebenden die freye Macht gegeben worden, mit der testamentarischen Disposition jede Art der Veränderung nach bestem Ermessen zu machen. So wenig sonst ein testamentum correspectiuum eine Abänderung leidet, wie 3

Harpprecht de testament. correspect. §. 38. sq.

ausgeführet, so findet doch solches einen Abfall wenn die Contestatoren dazu einander die freye Gewalt ertheilet haben, und eine ausdrückliche Verordnung des letzten Willens ist ein wichtiger Grund die darauf beruhenden Befugnisse aufrecht zu erhalten, in testamentis enim primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque summopere attendenda est

L. 35. §. 3. D. de heredib. instit.
L. 19. pr. D. de condit. et dem.
L. 23. pr. in f. C. de legat.



§. 8.

4 Gegen die Gültigkeit und den Rechtsbestand einer solchen Testaments-Clausel dürfte auch 2) nach heutigen Rechten um so weniger ein Zweifel gemacht werden, als nachdem iure canonico nachgelassen ist, eine letzte Willensverordnung auf des andern Willkühr zu verstellen: qui enim vltimam voluntatem in alterius arbitrium committit, non videtur intestatus decessisse,

C. 13. X. de testament.

Hieraus dürften die aus den römischen Rechten hergeleiteten Bedenken sich erledigen, nach welchen eine letzte Willensverordnung auf des andern Willkühr nicht gestellt werden kann:

L. 31. D. de hered. instit.

indem verschiedene Rechtslehrer dafür halten, daß dieses durch die vorangezogene Verordnung des iuris canonici abgeändert worden, und daher ein letzter Wille bestehe, der nach dem Auftrag des Testirers von einem Dritten bestimmet worden ist,

Stryk de caut. testam. c. 16. §. 26.

§. 9.

5 Insonderheit ist 2) im gegenwärtigen Falle nicht außer Acht zu nehmen, daß das Vermögen des Franz und der Margarethe von ihnen für ein gewissermaßen in Gemeinschaft stehendes Gut angesehen, und für eine Verlassenschaft erklärt, und daß solche erst nach beyder Absterben den eingesetzten Erben zu Theil werden solle, verordnet worden ist, wie nun Eheleute über gemeinschaftliches Gut mit gemeinschaftlicher Einwilligung disponiren können, so scheinet es auch auf deren Willen zu beruhen, dem überlebenden Theil die freye Macht zu einer andern testamentarischen Einrichtung zu ertheilen, so wie in gedachter Testaments-Clausel geschehen, wie denn von einem testamento correspectiuo in

I. Henn. Boehmeri consf. et dec. tom. III. Part. III. resp. 532. n. 6.

ein nicht ganz unähnlicher Fall vorkömmt, da beyde Eheleute in dem gesammten Vermögen einander zu Erben ernannt, und den nachlebenden die freye Disposition über alle Güter und die Macht den letzten Willen zu verändern und ganz aufzuheben, überlassen, solche Clausel auch für rechtsbeständig erkannt worden.

§. 10.

6 Auch dürfte 4) deshalb weil der im Testament zum Erben eingesetzte Sohn und Enkel den Tod des Erblassers und Vaters Franz überlebet hat, doch dadurch die väterliche Verlassenschaft als eine ihnen bereits angestorbene Erbschaft nicht geachtet werden, weil im §. 1. des Testaments sie erst nach ihrer beyder Eltern Tod als Erben angesetzet, ferner auch das dem Sohn im §. 7. ausgesetzte Vermächtniß ihm erst nach beyder Eltern Hintritt hinterlassen worden. Da nun das elterliche Testament während der Lebenszeit des

des Sohnes Heinrich Franz durch das Absterben beyder Testirer nicht bestätiget worden, so will es das Ansehen gewinnen, daß den vor seiner Mutter Margarethen verstorbenen Sohn der Anfall der Erbschaft und des Vermächtnisses noch nicht getroffen, mithin auch nichts im Wege gestanden was die Margarethe hindern mögen, nach ihres Sohnes Absterben, kraft der ihr mitgetheilten Gewalt, eine anderweitige testamentarische Verordnung aufzurichten.

§. 11.

Allein bey genauerer Prüfung des Rechtsbestandes der von Margarethen errichteten Disposition ist so wohl die Eigenschaft und Wirkung der ersten elterlichen testamentarischen Verordnung in Erwägung zu ziehen, als auch darnach die Kraft der in Frage stehenden Testaments-Clausel zu beurtheilen. So viel 1) das von beyden Eltern errichtete Testament betrifft, so wird zwar darin ihr zeitliches Vermögen überhaupt, und ohne dabey einen Unterschied unter dem Vermögen des Ehemannes Franz und der Ehegattin Margarethen zu machen, angeführet: dahergegen ist wohl der auf sich selbst beruhende Unterschied zwischen dem einem jeden unter ihnen zuständigen eigenen Vermögen keinem Zweifel ausgesetzt, bevorab in der mütterlichen Disposition §. 8. dieses Unterschieds des beyderseitigen Vermögens ausdrücklich Meldung geschieht: und sonach enthält dieses Testament eine Veordnung, sowohl über das väterliche Vermögen des Franz als über das mütterliche Vermögen der Margarethe. 7

Nun ergibt die §. 1. des Testaments befindliche Erbes-Einsetzung, daß diese nach beyder Absterben auf ihren Sohn Heinrich Franz und auf ihren Enkel gerichtet worden. Beyde Testirer hingegen haben sich in diesem Testament einander zu Erben nicht eingesetzt; vielmehr ist aus dem ganzen Zusammenhange des Testaments zu ersehen, daß beyde theils den ex iure statutario ohnedem gebührenden Beysitz und vsumfructum zum Grund gelegt, theils den völligen Genuß des gesammten Vermögens einander stillschweigend und auf eine thätige Weise hinterlassen, indem sie die freye Disposition über ihr Vermögen auf beyder erfolgtes Ableben überall gestellt haben.

§. 12.

2) Die von beyden Eltern im §. 1. des Testaments enthaltene Erbes-Einsetzung ihres Sohnes und Enkels enthält der Wahrheit nach eine gedoppelte Erbes-Einsetzung, welche so wohl vom Vater, als von der Mutter theils in Ansehung des väterlichen theils in Ansehung des mütterlichen Vermögens geschehen, und es ist also ein testamentum duarum causarum seu duarum hereditatum, wie dergleichen Verordnung in einem ähnlichen Falle in 8

§. 2. l. de pupill. substit.

benannt wird, vorhanden. In so ferne aber die Erbes-Einsetzung auf beyder Eltern Tod gestellet, so ist dadurch nur der terminus a quo ausgedrückt, wo sie, nach geendigtem vsufructu der Eltern, zum wirklichen Genuß der Erbschaft gelangen sollen, und

wenn auch gleich sonst dergleichen bestimmte Zeit, in so ferne sie einer Erbes-Einsetzung beygefüget ist, den strengen Rechten nach für nicht beygesetzet gehalten wird;

L. 34. D. de hered. instit.

so bestehet dennoch dergleichen heredis institutio ex die vermöge der dem Testament beygefügten clausulae codicillaris nach dem Recht eines stillschweigend geordneten Fideicommisses.

§. 13.

9 So bald daher 3) Franz im Jahre 1748 verstorben, ist die von ihm in Ansehung seines Vermögens gemachte Verordnung, weil sie durch seinen Tod bestätiget worden, zur vollkommenen Gültigkeit gediehen. Mortis tempus enim inspicitur, vt effectum habent heredis institutio.

L. 49. D. de heredib. instit.

10 Diesem zu Folge hat der Sohn Heinrich Franz die väterliche Erbschaft zu seinem Theil so fort von Zeit des Absterbens seines Vaters um so gewisser erworben, als derselbe, als ein in väterlicher Gewalt gestandener Sohn, ohne einige Erklärung ipso iure Erbe geworden. Qui enim sunt in potestate defuncti statim heredes sunt ex testamento, et ipso iure heredes existunt

L. 1. §. 7. D. si quis oomissa causa testamenti.
L. 14. D. de suis et legit heredib.

auf gleiche Weise hat derselbe die ihm im Testamente §. 7. et 17. nach dem Absterben beyder Testirer vermachten praelegata, so weit sie aus der väterlichen Verlassenschaft herrühren, so fort nach seines Vaters Ableben ipso iure acquiriret, dies legatorum enim etiamsi in diem relicta sint, cedit a tempore mortis, ideoque legatario etiam ignoranti ipso iure acquiruntur

L. 5. §. 1. D. quando dies legat. cedat.
L. 6. C. eod.

11 Die unterbliebene publicatio testamenti hat die Acquisition des Erbrechts und der Vermächtnisse nicht verhindern können, weil die Gültigkeit des Testaments von dessen Publication bekannten Rechten nach nicht abhänget.

§. 14.

12 Wenn auch 4) hiegegen eingewandt werden dürfte, daß die Erbes-Einsetzung der Kinder, welche nach den Worten des Testaments

nach unserm Tode

geschehen, nicht so wohl den Worten nach pro heredis institutione in diem, sondern pro conditionata in dem Maaße wenn Sohn und Enkel unsern Tod überleben sollten, zu halten sey, indem der dies mortis in Ansehung der Zeit seiner Existenz eine ungewisse Zeit ausdrücket, und desfalls solcher im Rechtsverstande für eine Bedingung geachtet werden kann:

Cocceii

Cocceii in iur. controv. lib. 28. tit. 7. qu. 3.
Lauterbach in diss. de voluntate §. 17.

so treten doch folgende Gründe ein, weshalb obige Worte für eine Bedingung nicht angenommen werden können, weil sie a) eine conditionem casualem ausdrücken müßten, gleichwohl nur extranei nach dem

L. 9. C. de heredib. instit.

nicht aber Kinder unter einer solchen Bedingung zu Erben eingesetzet werden können,

L. 4. L. 86. D. de hered. instit.

si enim pater filium, quem in potestate habet, sub conditione, quae in ipsius potestate non est, heredem scripsit, iure testatus non censetur,

L. 4. C. de institut. et substit.

und weil b) mittelst solcher Auslegung der Sohn Heinrich Franz da er das Absterben seiner Mutter nicht erlebet, für ausgeschlossen von der väterlichen Erbschaft gehalten, hierdurch aber das elterliche Testament einer Nichtigkeit unterworfen werden würde, filius enim sub casuali conditione institutus, deficiente ea, contra leges esset praeteritus: imo quia nec institutus nec exheredatus dici potest propter incertum euentum, illico pro praeterito habetur: ideoque talis conditio totum institutionem et testamentum viliat

Struuius in synt. iur. ciuil. ex. 33. th. 46.

Solchemnach kann, mit Bestand des Testaments, keine andere Auslegung eintreten, als daß der Tod beyder testirenden Eltern nach dem natürlichen Wortverstande für die bestimmte Zeit anzusehen, wo nach geendigtem vsufructu des längstlebenden, die benannten Erben zum Genuß der Erbschaft gelangen sollen: siquidem per eiusmodi diem adiectum petitio eius, quod relictum est, in illud tempus dilata esse censetur

L. 5. C. quando dies leg. cedat.

Diese Auslegung wird zugleich durch die Absicht der Testirer, welche einander nur den lebenswierigen Nießbrauch des gesammten Vermögens zugewandt, folglich ihre Kinder für Eigenthums-Erben angesehen, um so mehr begründet, als außer dem Sohn und Enkel keine andere Erben im Testament benannt sind, und in der Zwischen-Zeit der 25 Jahre, in welcher die Margarethe nach ihres Ehemannes Tode gelebt und in dem Nießbrauche des gesammten Vermögens gestanden, ein Eigenthums-Erbe an dem väterlichen Vermögen angenommen werden muß.

So viel ferner die dem Sohn Heinrich Franz noch außerdem in gleichen Ausdrücken nach der Eltern Hintritt vermachte praelegata betrifft, so kann auch bey diesen die bestimmte Zeit des Todes nicht pro conditione, sondern bloß pro die, in quem petitio legatorum dilata est angenommen werden, weil eines Theils bey Verordnungen, welche in einem Testamente unter einerley Ausdrücken angebracht sind, keine unterschiedene Auslegung statt findet, andern Theils diese legata unter dem vsufructu, wel-

 cher

cher dem überlebenden Theil zugestanden, begriffen sind, hergegen kein anderer proprietarius derselben, als der legatarius, angegeben werden kann.

§. 15.

13 Da also der überlebenden Margarethen an ihres Ehemannes eigenem Vermögen ein mehreres Recht nicht, als der Nießbrauch, zugestanden, hergegen den im Testament benannten Erben, mit dem Tode des Testirers Franz, das an seinen Vermögen gegebene Erbrecht nebst den ihnen ausgesetzten Vermächtnissen angestorben: so enthält 5) die es ihnen erwachsene ius quaesitum einen rechtlichen Grund, daß der längst lebenden Mutter Margarethe die Befugniß etwas dagegen zu disponiren nicht zugestanden. Die natürliche Folge ist daher, daß die vorgedachte Testaments-Clausel und die darin verliehene Macht das testamentum correspectiuum ändern zu können, von den unter dem gesammten Vermögen begriffenen eigenen Gütern des verstorbenen Franz, den Rechten nach, nicht zu verstehen sey.

§. 16.

14 Weil übrigens die jetzt bemerkten Gründe nur das väterliche Vermögen des Franz betreffen: so ist hergegen 6) durch die gedachte Testaments-Clausel der überlebenden Margarethe die Befugniß ertheilt worden, das testamentum correspectiuum, so weit es ihr eigenes Vermögen betrifft, frey zu ändern. Diese Befugniß beruhet bey einem testamento correspectiuo auf der durch diese Clausel gegebenen Freyheit, indem sonst die Macht dasselbe in Ansehung des eigenen Vermögens zu ändern, dem längst lebenden Theil nicht zugestanden wird,

Harpprecht de test. correspect. §. 35.

Ungeachtet nun die gedachte Testaments-Clausel in allgemeinen und unbestimmten Ausdrücken abgefaßt ist, so ist sie dennoch im Rechtsverstande nur von der freygestellten Abänderung des Testaments in Absicht des eigenen Vermögens des längstlebenden Theils zu verstehen: und in dem Maasse ist sie in einem über einen ähnlichen Fall ausgestellten Gutachten, welches in

I. Henn. Boehmeri consf. et decis. tom. II. P. II. resp. 661. n. 94. sq.

sich befindet, ausgelegt worden.

§. 17.

15 Wenn aber auch 7) bey Beurtheilung dieser Testaments-Clausel die Rücksicht auf das dem Sohne Heinrich Franz mit dem Tode seines Vaters angefallene Recht, bey Seite gesetzt, und dieselbe an und für sich betrachtet wird: so kann dennoch durch dieselbe eine rechtliche Befugniß der Margarethe, über ihres Ehemannes nachgelassenes Vermögen eine veränderte Disposition zu errichten, nicht begründet werden; denn da die Gesetze die testamenti factionem als ein eigenes Recht eines jeden Testirers ansehen, so haben sie das Recht über sein Vermögen zu ordnen, einem andern zu überlassen nicht erlaubt:

laubt: heredis institutio enim non potest alieno arbitrio permitti: indeque iure constitutum est testamenta non posse ab alieno arbitrio pendere

L. 34. D. de hered. instit.
L. 52. D. de condit. et demonstr.

Daher ist weder eine solche Testaments-Clausel, wodurch die Abänderung des Testaments in des längstlebenden freye Willensverfügung verstellet würde, von einiger rechtlichen Kraft und Gültigkeit zu halten, noch hat auch der Margarethe nachher errichtetes Testament, in so weit sie darin zugleich über ihres verstorbenen Ehemannes Verlassenschaft disponiret, einigen Bestand gewinnen können.

§. 18.

So viel geltend auch sonst die letzte Willensverordnung ist, so wird dennoch, so 17 viel die vorangeführten Zweifelsgründe betrifft, ad 1) dabey zum Grunde gelegt, daß der letzte Wille den Rechten gemäß geordnet sey, cum nemo possit in testamento cavere, ne leges in suo testamento locum habeant

L. 55. D. de legat. 1.

weshalb denn ein Testirer durch seine Disposition einem andern nicht die Macht geben kann, über sein Vermögen eine andere Verordnung zu machen:

I. Henn. Boehmer consl. et dec. tom. II. P. 2. n. 95.

zumahl da ad 2) durch das

C. 13. X. de testam.

einem jeden Testator dergleichen Befugniß, welche nur in dispositionibus ad pias causas zulässig ist, nicht beygeleget wird, wie solches von

Harpprecht de eo qui extrem. volunt. in alterius disposit. committit §. 16.

ausführlich dargethan worden, nec probari potest sententia eorum qui ex hoc textu colligunt, testatorem quemcunque generaliter posse dispositionem suam conferre in arbitrium tertii

I. Henn. Boehmer in iure eccl. lib. 3. tit. 26. § 50.
Struvius in synt. iur. civ. ex. 33. th. 5.
Lauterbach in coll. th. pr. lib. 28. tit. 1. §. 40.

§. 19.

Wenn auch gleich 3) Ehegatten ein gemeinschaftliches Vermögen haben; so ver- 18 statten die gemeinen Rechte nur so viel, daß ein jeder über seinen daran pro indiuiso habenden Antheil disponiren könne:

L. 1. C. qui test. fac. poss.

und so ferne sie über ihr gesammtes Vermögen einen gemeinschaftlichen letzten Willen aufrichten, so gilt solcher nur aus dem Rechte, was einem jeden unter ihnen an dem

darunter

darunter begriffenen Antheil seines eigenen Vermögens zustehet. Hergegen lässet sich daraus die Folge nicht behaupten, daß einer über des andern Antheil nach des andern Ableben verordnen oder die von ihm gemachten Verordnungen aufheben könne, zumahl wenn nicht einmahl einer den andern in dem gesammten Gute zum Erben eingesetzet hat, wie solches der gegenwärtige Fall ist. Denn wenn ein Ehegatte den andern im gesammten Vermögen zum Erben eingesetzet, und diesen dadurch zum Eigenthümer des gesammten Vermögens gemacht hat, so kann dem längst lebenden Theil die freye Disposition der nachgelassenen und auf ihn vererbten Güter und die Macht die geordneten Vermächtnisse zu ändern, um so mehr überlassen werden, als es in des andern Willen gestanden, den Erbtheil auch ohne alle Vermächtnisse zu hinterlassen. Und dieses ist der besondere Fall, in welchem in

Boehmeri conf. et dec. tom. III. P. III. dec. 532. n. 6. 7.

die Befugniß des längstlebenden Ehegatten zur Aenderung eines testamenti correspectivi für gegründet erkannt ist.

§. 20.

19 Wie nun ad 4) aus den vorangeführten Gründen sich ergibt, daß so viel die väterliche Erbschaft betrifft, dem Sohn Heinrich Franz das Recht darauf sogleich nach des Vaters Franz Tode erwachsen:

So halte ich in Erwägung aller hiebey eintretenden Umstände den Rechten nach dafür:

> Daß die vorgemeldete clausula testamenti correspectivi die Margarethe nicht ermächtigen können, über ihres 25 Jahre vor ihr gestorbenen Ehemannes Franz nachgelassenes Vermögen in dem Maße, wie sie in ihrem zweyten Testamente gethan hat, zu disponiren, und die ihm zum Vortheil gemachten Verordnungen, so weit sie aus dem väterlichen Vermögen herrühren abzuändern, am wenigsten aber den ihm bereits angestorbenen Pflichttheil per indirectum ihm zu entziehen: dahergegen gedachtes zweyte Testament so weit es über der Margarethe unter dem gesammten Gute begriffenes eigenes Vermögen errichtet ist, kraft der vorgedachten Testaments-Clausel zu Recht bestehet.

§. 21.

20 Ist ferner für den Fall daß das Margarethische Testament zu Recht bestehen sollte, ein Entwurf gemacht worden, wie in Betracht dessen, daß das von ihr nachgelassene Vermögen nicht zureichen sollte, dessen Inhalt in allen Puncten zu erfüllen, dasselbe unter den beyden Stämmen der Enkel in Erfüllung zu setzen, und ist dabey zuvörderst auf den Abzug der Margarethischen Passiva, nicht minder auf den Abzug der Pflichttheile, und so dann auf die Minderung der zum Fideicommiß ausgesetzten Güter Rücksicht genommen worden; und erwächset daraus die

Zweyte Frage.

Ob diese Theilungs-Principien recht, oder wie sie sonst festgesetzet werden sollen?

§. 22.

§. 22.

So ferne nun bey dieser Frage der Fall vorausgesetzet wird, daß das mütterliche Testament sub n. 2. auch in Ansehung der darin über das väterliche Vermögen gemachten Verordnung zu Recht bestehen könne: so ist 1) der Abzug der Schulden von der ganzen massa bonorum unstreitig gegründet, weil das Vermögen im Rechtsverstande anders nicht als nach Abzug der Schulden verstanden wird 21

L. 39. L. 66. D. ad leg. Falcid.

Hiernächst da 2) der Pflichttheil der Disposition eines Testirers nicht unterworfen ist, und daher auf keine Weise gemindert werden kann: 22

L. 32. L. 36. C. de inoff. test.
C. 16. c. 18. X. de testam.

so kann dessen Abzug von einem Testirer weder durch ein ausdrückliches Verbot untersagt, noch auch solcher unter einem allgemeinen Verbot begriffen werden,

Pufendorf obs. iur. tom. II. obs. 81.
de Senckenberg de grauamine in legit. cap. 2.

vielmehr wird jede dispositio testatoris so weit sie auf eine Schmälerung der legitimae hinausläuft, nach dem

L. 32. L. 36. §. 2. C. de inoff. test.

pro non scripta erkläret. Hierwieder kann aus dem §. 3. des mütterlichen Testaments, worin aller Abzug und alle Schmälerung des Fideicommisses untersagt ist kein gegründeter Zweifel erregt werden, weil solches anders nicht, als im Rechtsverstande theils von dem Abzug der Trebellianicae theils von andern unzulässigen Schmälerungen anzunehmen.

§. 23.

3) Bey der nach Stämmen gemachten Berechnung der legitimae könnte der Zweifel eintreten, daß weil die drey Enkel bey der Erbes-Einsetzung nicht bloß collective sondern zugleich jeder besonders mit ihren Vornamen benannt worden, der gebührende Erbtheil ihnen pro portionibus virilibus ausgesetzet, mithin der pro legitima angerechnet triens nicht in zwey Theile nach den Stämmen, sondern in 4 Theile nach der Zahl der Erben gerechnet werden müsse und wenn daher das in specie facti angeführte Exempel zum Grund geleget wird, die legitima auf quartam trientis, mithin auf 6250 Fl. bey jedem gesetzet werden müsse. Dieser Zweifel würde nach dem 23

L. 124. D. de legat. 1.

erheblich seyn, wenn nicht der bey der Erbes-Einsetzung der Enkel gebrauchte Ausdruck, daß sie

an die Stelle ihres Vaters

zu Erben benannt worden, die Willens-Meinung der Testirer begründete, daß sie die drey Enkel für einen Stamm bedenken wollen.

§. 24.

24 Nun ist zwar 4) dem Enkel Franz Balthasar ausser der zur Abfindung im Testament ausgesetzten Summe von 30000 Fl. die legitima noch besonders in dem Theilungs-Entwurfe ausgeworfen: und dieses gewinnet daher einen Anschein, weil besagtes Quantum zur Compensation dessen, was dem Stamm des Franz Heinrich unter dem nexu fideicommissi hinterlassen ist, ausgesetzet zu seyn scheinet.

Da aber die Testatricin gedachte Summe der 30000 Fl. ihm

für sein vollständiges Erbtheil aus beyderseitigen Vermögen

ausdrücklich ausgesetzet, unter diesem vollständigen Erbtheil aber mehr als die legitima begriffen ist: so kann ihm meines Ermessens die legitima nicht annoch besonders zugetheilet werden, weil in den Rechten gegründet ist, daß alles, was ein Kind zu seinem Erbtheil erhalten, in den Pflichttheil einzurechnen

L. 36. C. de inoff. test.

zwischen diesem Abfindungs-Quantum und demjenigen, so dem andern Stamm der Enkel hinterlassen worden, liegt auch dieser Unterschied, daß das letztere unterm nexu fideicommissi stehet, worunter die legitima nicht gezogen werden kann.

§. 25.

25 Dafern nun die nach Abzug der passius, des Pflichttheils und des dem Enkel Franz Balthasar ausgesetzten Abfindungs-Quantums überschiessende Verlassenschaft zum völligen Abtrag des dem ältesten Enkel vom andern Stamm ausgesetzten Fideicommisses von 10000 Fl. sodann des dem andern Sohn hinterlassenen Fideicommisses von 30000 Fl. und des der dritten Enkelin bestimmten Prälegats von 5000 Fl. nicht zureichend seyn sollte: so würde 5) ein jedes von diesen einen Abzug pro rata in dem Maaße leiden, daß wenn z. B. ein Zehntheil von dem Fideicommiß der 10000 Fl. mit 1000 Fl. in Abzug kommen sollte, so auch ein Zehntheil von dem Prälegate der 5000 Fl. mit 500 Fl. zu kürzen seyn würde.

Daher bin ich der rechtlichen Meinung, daß in dem gesetzten Fall, da das mütterliche Testament N. 2. bestehen könnte, die angeführten Theilungs principia zwar mit Bestand zum Grund gelegt, jedennoch, so viel den Enkel Franz Balthasar betrifft, demselben die legitima nicht besonders ausgesetzet werden könne, sondern diese schon in dem ihm zu seinem Erbtheil angewiesenen Abfindungs-Quantum begriffen sey.

§. 26.

26 Aus dem elterlichen Testamente erhellet ferner, daß beyde Testirer das Fideicommiß, womit sie ihren Sohn Heinrich Franz beleget haben, eigentlich zur Vermehrung und Verbesserung des großen R– ischen Fideicommisses geordnet haben, in welchem unter anderm alle mütterliche Tutel oder weibliche Directions-Unterziehung und Verwaltung der Güter und Vortheile untersaget worden.

Nicht

Nicht minder ergibt sich aus dem mütterlichen Testamente daß darin der Sibille, als Mutter der drey Enkel, der vsusfructus nur an dem Pflichttheil der Enkel ausgesetzet worden. Da nun nach der Frankfurther Reformation den Eltern auch nach ihrem Eintritt in die zweyte Ehe der Nießbrauch an den Gütern so ihren Kindern erster Ehe von dem abgelebten Vater oder Mutter ansterben, zustehet, so erwächßt hieben die

Dritte Frage.

Ob sich Sibille lediglich mit dem Nießbrauch des Pflichttheils der Kinder ihrer ersten Ehe begnügen müsse, oder auch dergleichen an demjenigen, was ihren Kindern erster Ehe noch über die legitimam aus den mit dem Fideicommiß belegten und prälegirten quantis zuwächst, begehren könne?

§. 27.

Bey dieser Frage treten diese Zweifel ein, daß wenn 1) der Grund, nach welchem der mütterliche vsusfructus wegfallen sollte, bloß in der fideicommissarischen Eigenschaft der Güter gesetzt werden müßte, dieser für sich unzulänglich zu halten seyn würde, weil die allgemeine Verordnung der Frankf. Reformation 27

P. 5. tit. 8. §. 12.

bey keiner Gattung der Güter eine Ausnahme macht, hiernächst der vsusfructus die Substanz der Güter nicht, sondern bloß deren Früchte betrifft, und daher mit jeder Art der Fideicommiß-Güter bestehen kann, wie solches nicht nur

Orth in den Anm. zur Frankf. Reformation.

sondern auch schon

Harppretht de vsufructu statutario materno disp. 1. §. 30.

ausgeführet hat, nicht zu gedenken, daß die im mütterlichen Testament N. 2. benannten quanta nach dem Grunde, aus welchem die zwey Enkel nebst der Enkelin solche erlangen, eigentlich als Prälegate anzusehen sind, hergegen erst in Ansehung deren künftigen Erben, denen sie ex fideicommisso anfallen, als Fideicommiß-Güter zu betrachten sind.

§. 28.

Hiernächst dürfte 2) so wohl daran überhaupt ein Zweifel erwachsen, ob dieser vsusfructus einer Mutter mit Bestand entzogen werden könne 28

de Ludolf in obs. for. obs. 190. p. 488. et p. 507.
Ludouici de tacita prohibit. vsusfr. paterni §. 14.

als auch in facto zweifelhaft geworden, ob durch das großmütterliche Testament der Mutter Sibille der vsusfructus an den ihren Kindern ausgesetzten quantis genommen sey, indem darin kein ausdrückliches Verbot enthalten ist, dieses auch weder aus der geordneten Administration der Güter, als welche saluo vsufructu statt finden kann, noch auch aus dem derselben in §. 12. des Testaments ausgesetzten vsufructu legitimae, wel-

welcher ihr nicht Ausschliessungsweise hinterlassen ist, mit Sicherheit gefolgert werden kann. Noch schwächer würde 3) der Grund der aus dem großen R—ischen Fideicommisse hergenommen ist, und zu dessen Vermehrung das den Enkeln hinterlassene Fideicommiß ausgesetzet worden ist, seyn: weil in diesem nur alle mütterliche Tutel oder weibliche Directions-Unterziehung und Verwaltung der Güter und Emolumente untersaget, hergegen weder der väterliche noch der Mütterliche vsusfructus daran aufgehoben worden, dieser aber, als ein ex statuto gebührendes Recht, bestehen kann, wenn gleich Güter unter einer geordneten fremden Administration verbleiben.

§. 29.

29 Diesem ungeachtet ergibt sich 1) aus dem großmütterlichen Testament der Margarethe, daß der Sibille der vsusfructus der ihren Kindern vltra legitimam hinterlassenen Güter stillschweigend entzogen worden, wie solches aus der Vergleichung des §. 12. mit dem §. 3. und 7. des besagten Testaments sich veroffenbaret. Die ausdrückliche Verordnung des §. 3. gehet dahin, daß die mit dem Fideicommiß belegten quanta unter einer besondern Administration stehen, insonderheit aber die davon herrührenden Nutzungen beyden Enkeln so fort zu gut kommen sollten. Ein gleiches ist in Ansehung des der Enkelin im §. 7. prälegirten Capitals verfügt, daß die davon eingehenden Interessen der Enkelin zu eigener Disposition behändiget werden sollten. Da nun deren Mutter, im §. 12. der Pflichttheil des erbschaftlichen Vermögens angewiesen worden: so ist die Folge klar, daß dieser an der legitima angewiesene vsusfructus alles Recht, so der Mutter zugedacht ist, ausdrücken soll, mithin diese Verordnung Ausschliessungsweise zu verstehen sey, indem jene zum selbsteigenen Vortheil der Enkel und der Enkelin verordnete Benutzung der hinterlassenen Antheile mit dem vsufructu der Mutter nicht bestehen kann. Mit Recht hat

Orth in den Anmerkungen über die Frankf. Reformat. P.V. tit. 8. §. 12. p. 625.

behauptet, daß eine stillschweigende Benehmung des elterlichen vsusfructus, so zwar nicht mit ausdrücklichen jedoch mit solchen Worten geschehen, daraus kein anderer Sinn des Testirers geschlossen werden mag, für eben so bündig und so hinlänglich zu halten sey, wie eine prohibitio expressa vsusfructus, welches auch

Harpprecht l. c. §. 26.

ausgeführet.

§. 30.

30 Hiernächst beruhet 2) der Rechtsbestand einer solchen Verordnung, wodurch den Eltern der vsusfructus statutarius vom Testatore genommen wird, auf Gründen des gemeinen Rechts, nach welchen eine Mutter oder Großeltern dem leiblichen Vater den vsumfructum der seinem Kinde hinterlassenen Güter, so ferne ihm nur derselbe an dem Pflichttheil derselben unverletzt verbleibet, zu entziehen berechtiget sind

Nov. 117. c. 1.

denn

denn der den Eltern ex statuto gebührende vsusfructus ist eine Art des vsusfructus legalis, eben so wie der dem Vater aus gemeinen Rechten beygelegte vsusfructus: und es steht daher einem Testator eine gleichmässige Befugniß zu, denselben an den hinterlassenen Gütern aufzuheben. Auch diese Freyheit ist den testirenden Eltern in der Frankfurthischen Reformation nicht genommen, vielmehr sind diese dazu auch deshalb berechtiget, weil es in der Eltern freyer Macht und Gewalt beruhet, über das Vermögen, so den Kindern vltra legitimam hinterlassen wird, nach eigener Willkühr zu ordnen, mithin solches den Kindern unter der in Ansehung des vsusfructus gemachten Verfügung zu hinterlassen.

Harpprecht l. c. §. 25.

§. 31.

Wie nun 3) der Bestand einer solchen Verordnung, sie mag den vsumfructum parentum ausdrücklich oder stillschweigend aufheben, vornemlich auf der Befugniß eines Testators in Ansehung der freyen Disposition über seine Verlassenschaft beruhet: so kommt es, so viel die vorangebrachten Zweifel betrifft, dabey auf qualitatem bonorum nicht an, und die Natur der Fideicommiß-Güter enthält für sich keinen hinlänglichen Grund, den statutarischen elterlichen vsumfructum zu nehmen, so wie auch das R—ische Testament, welches bloß die mütterliche Tutel und Administration daran ausschliesset, dazu keinen hinlänglichen Grund abgibt. Im übrigen lasse ich hiebey nicht unbemerkt, daß die Gründe, welche bey der erstern Frage über den Bestand der von der Margarethen unternommenen Disposition vorgekommen, auch bey dieser Frage in Betracht kommen, und nach solchen der Testirerin die Macht nicht zugestanden, über den Genuß des von Franz herrührenden, dem Sohn Heinrich Franz angestorbenen, und auf seine Kinder vererbten väterlich Franzischen Vermögens in dem Maasse zu disponiren; wie ich denn bey dieser Frage die völlige Gültigkeit und den Rechtsbestand der von Margarethen gemachten testamentarischen Disposition zum voraus gesetzt, und solchermaßen den Rechten für gemäß halte: daß Sibille sich lediglich mit dem vsufructu von ihrer ersten Ehe Kindern legitima begnügen müsse, hergegen denselben an demjenigen, was ihren Kindern erster Ehe noch aus den mit dem Fideicommiß belegten und prälegirten quantis über den Pflichttheil zuwächset, nicht begehren könne.

§. 32.

Endlich wenn alles so schlimm ginge, daß die Heinrich Franzischen Kinder oder deren Vormünder sich entschliessen müßten, sich mit ihrer Mutter Sibille in einen Vergleich einzulassen, und ihr neben dem vsufructu ihrer legitimae ein Stück Geld zur Abfindung zu geben: so erwächßt die

Vierte Frage.

In welcher Proportion diese drey Kinder dazu beytragen, und ob sie zu gleichen Theilen oder nach Proportion der Prälegate dazu concurriren müßten?

§. 33.

33 Wie diese Frage auf Gründen der Billigkeit beruhet, und dabey auf der einen Seite; auf den Vortheil welcher den Kindern durch einen mit der Sibille zu treffenden Vergleich gewähret wird, und auf der andern Seite auf einen verhältnißmässigen Beytrag Rücksicht zu nehmen: so kommt hiebey besonders in Betracht, daß 1) der Schade, welcher aus Aufhebung der Margarethischen Disposition zu besorgen, auf alle Erbinteressenten fallen, daß 2) auch dieser den Balthasar Franzischen Enkel in Ansehung des ihm ausgesetzten Abfindungs-quanti treffen, daß hergegen 3) durch einen Vergleich die erblichen oder sonst prälegirten Antheile aller Erbinteressenten, und unter diesen auch das gedachte Abfindungsquantum des Balthasar Franzischen Enkels gerettet werden würde; folglich 4) bey dem der Sibille zuzubilligenden Vergleichs-quanto auf aequitatem Legis Rhodiae de iactu, mithin auf einen gesetzlichen Grund es ankommt, vt quod pro omnibus datum, omnium contributione resarciendum sit,

L. 2. pr. D. de lege Rhodia de iactu.

Lauterbach de aequitate et extensione legis Rhodiae §. 3.

Diesem zu Folge ist 5) ein jeder Erbinteressent pro rata desjenigen Antheils, so ihm aus dem Margarethischen Testament vltra legitimam anfällt, einen Beytrag zu leisten billig für schuldig zu halten. 1773.

Num. 146.

Num. 146.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.
De reuocatione priuilegii.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Species facti. n. 1.
Quaestio proposita. n. 2.

Rationes dubitandi.

Concessio iuris a principe facta non impedit quo minus idem ius alteri concedi possit. n. 3.
Priuilegia quae monopolia sunt reuocari possunt. n. 4.
In causis politiae iurisdictio supremorum tribunalium imperii incompetens est. n. 5.
Priuilegium ob abusum et accedente indemnisatione adimi potest. n. 6.

Rationes decidendi.

Principes imperii in causis priuatis iuri communi subsunt. n. 7.
Priuilegium reale per conuentionem adquisitum a principe pro lubitu reuocari nequit. n. 8.
Imprimis si de casu abusus specialiter actum est. n. 9.
Non quoduis monopolium per se illicitum est. n. 10.
Princeps monopolia ob salutem publicam absque causae cognitione reuocare nequit. n. 11.
Atque priuilegiatus plenarie indemnis seruandus. n. 12.
Abusus supponit actus dolose in praeiudicium aliorum susceptos. n. 13.
Si de adimendo iure quaesito quaeritur ex causa politiae fit causa iustitiae. n. 14.
Quaestionis decisio. n. 15.

Rechtsgutachten.

Als uns eine ausführliche Geschichtserzählung sammt den Manual-Acten nebst angehängter Frage zugesandt, und wir darüber unsere in den Rechten gegründete Meinung zu ertheilen gebeten worden; 1

Demnach erachten und erkennen wir nach fleissiger deren Verlesung und collegialisch gepflogener Erwägung den Rechten gemäß zu seyn:

Hat der regierende Herr Reichsgraf zu F. und G. das eigenthümliche von weiland desselben Herrn Vater erkaufte Wirthschafts-Gebäude zum schwarzen Bären zu F. nebst dem dazu gehörigen Brauhause und Brantewein-Brennerey und den darauf haftenden Weinschank-, Brauerey- und Brantewein-Brennerey-Gerechtigkeiten, welches vorher von der gräflichen Rentcammer administrirt, auch andern in Pacht gegeben

geben worden, wegen des geringen dabey zu machenden Vortheils der Wittwe R. mittelst Kauf- und Verkauf-Contractes vom 10ten Jul. 1783 für 4000 Fl. und unter der Bedingung die Wirthschaft jährlich mit 30 Fl. zu verschatzen, und von dem zu verzapfenden Getränke ein bestimmtes Ohmengeld zu erlegen eigenthümlich überlassen, und hat gedachte Wittwe solche Wirthschaft nebst der dazu gehörigen Gerechtigkeit ihrem ältesten Sohn Johann R. wiederum überlassen;

Wie nun ausser diesem herrschaftlichen Wirthshause, welches am Ende der Residenzstadt F. gelegen, keinem daselbst, als dem Bürger Christian W. bey dem mitten in der Stadt gelegenen und ihm von Heinrich B. überlassenen Wirthshause das Recht Bier zu brauen in dem Maasse zugestanden, das letzterer das Bier nur Maaßweise zu verzapfen, das herrschaftliche Wirthshaus zum schwarzen Bären dagegen das Recht gehabt, andere Wirthe und Becker im Amte behuf des Bierverzapfens zu belegen, und das Bier Faßweise an sie zu verkaufen: so ist auch im gedachten Kaufbriefe der Käuferin ein gleiches Recht überlassen, und in dessen siebenten Artikel folgendes bedungen worden:

> dahingegen Niemand in dem hiesigen Amte, ausser dem Bürger und Bierbrauer B. allhier, Bier brauen und verzapfen darf, vielmehr sind alle Wirthe und Becker in ermeldetem Amte verbunden, das verzapfende Bier, in so fern es tüchtig und Kaufmannsgut ist, aus der Brauerey im Bären zu nehmen, und sich damit verlegen zu lassen,

Immittelst hat der regierende Herr Graf einem aus der Fremde zurückkommenden P. J. W. die nachgesuchte Bierbrau-Gerechtigkeit ertheilet, wogegen zwar Joh. R. aus dem Grunde, daß durch solche Verleihung dem 7ten Artikel des gedachten Kaufcontractes viel zu nahe geschehe, die gebührende Vorstellung bey celsissimo übergeben, hergegen wegen eines angegebenen Mißbrauches der Braugerechtigkeit eine abschlägliche Resolution mit der landesherrlichen Erklärung erhalten, ihm jedoch von dem noch zu zahlenden Rückstande am Kaufgelde 400 Fl. nachzulassen, und ihn das von W. zu entrichtende Ohmgeld drey Jahre lang geniessen zu lassen,

Als Supplicant dieses Erbieten ohne Ruin seiner schweren Wirthschaft annehmen zu können ausser Stande zu seyn vorgestellt, und gegen den beygemessenen Mißbrauch durch die beygelegten Atteslate sich zu rechtfertigen gesucht, auch solches wiederholt; hat der regierende Herr Graf dennoch solches abgeschlagen, und Supplicanten in einer Resolution vom 2ten Nov. 1787 die Erklärung dahin ertheilet, daß, da in dem 7ten Artikel des Kaufbriefes schon enthalten sey, daß alle Wirthe und Becker, in so fern er tüchtiges Bier liefere, solches von ihm nehmen müßten, über diese Verordnung auch getreulich gehalten werden solle, übrigens in jedem Lande, wo man aufs gemeine Beste bedacht sey, alle schädliche monopolia aufgehoben werden könnten, und Hochdemselben dieses unbenommen verbliebe;

Da nun Supplicant besorgt, daß der zum Bierbrauer angesetzte W., welcher sich bey der Zunft bereits gemeldet, der eingelegten Protestation ungeachtet de facto intro-

introduciret werde, und er bey einem der höchsten Reichsgerichte Rechtshülfe zu suchen genöthigt sey; so entstehet die

Frage:

Ob der 7te Absatz des Kaufcontractes aus landesherrlicher Macht und Gewalt aus dem Grunde eines darin liegenden monopolii, oder auch wegen des ihm beygemessenen jedoch nicht erwiesenen und nicht zu erweisenden Mißbrauchs, durch die dem gedachten W. ertheilte gleichmäßige Verleihung der Braugerechtigkeit wieder aufgehoben werden können, und wenn solches mit Bestande Rechtes nicht geschehen mögen, ob Supplicant bey einem der höchsten Reichsgerichte ein mandatum de non contraueniendo contractui emtionis venditionis zu erhalten rechtliche Hoffnung habe? 2

Ob nun wohl 1) der 7te Absatz des Kaufbriefes in der gräflichen Resolution vom 2ten Nov. 1787 in dem Verstande angenommen worden, daß zwar niemand im Amte Bier zu brauen und zu verzapfen sich eigenmächtig anmaaßen, vielmehr alle Wirthe und Becker in der Verbindlichkeit stehen sollten, mit dem Biere aus der Brauerey im Bären, neben dem schon etablirten Bierbrauer B., sich verlegen zu lassen, und in so weit der hohe Contrahent auch darauf zu halten versichert, hergegen derselbe dadurch der landesherrlichen Befugniß, einem andern eine gleichmäßige Befugniß zur Braugerechtigkeit an demselben Orte zu verleihen nichts vergeben, noch auch dadurch in die Verbindlichkeit nichts dagegen zu verfügen gesetzet worden sey; 3

Inmaßen 2) solches sonst eine Art von monopolium in sich enthalten würde, welche dem Lande und der Freyheit des commercii für schädlich zu achten, und aus solchem Grunde schon in den gemeinen Rechten die aus Rescripten erlangten monopolia für kraftlos erkläret sind, 4

L. vn. C. de monopoliis.

auch daraus sonst ein Grund, die auf monopolia verliehenen priuilegia, des gemeinen Wohls halber, zu widerrufen, hergeleitet wird,

Casp. Ziegler de iur. maiestat. lib. 1. c. 12. §. 13. in f.

Besonders 3) da die Verleihung eines Brau-priuilegii die Landespolizey betrifft, welche auf den landesherrlichen Rechten und Ermessen dergestalt beruhet, daß Reichsgerichte in Polizey-Sachen der Reichsstände nach Vorschrift des 5

R. A. vom Jahre 1654. §. 106.

nicht leicht Erkenntnisse ertheilen sollen;

Auch hiebey 4) noch in Betracht kommt, daß der Landesherr durch einen Mißbrauch, welcher auf dem schlecht gebraueten Biere und auf den deshalb bey dem Durchzuge der kaiserlichen Truppen angebrachten Klagen beruhet, sich bewogen zu seyn erkläret, dem W. ein gleiches Privilegium zu ertheilen, und dabey behuf einer dem Supplicanten zu leistenden Schadloshaltung zu einem Nachlasse von 400 Fl. am Kauf- 6

gelde und zu einem auf 3 Jahre einzuräumenden Genuß des Ohmgeldes, welches W. zu erlegen haben würde,

Solchemnach 5) bey dem bey einem der höchsten Reichsgerichte zu suchenden mandato de non contraueniendo contractui emtionis venditionis verschiedene Bedenken eintreten;

7 Dennoch aber und dieweil 1) der 7te Absatz des gedachten Kaufcontracts einen Haupttheil der bey dem vorgewesenen Verkaufe des herrschaftlichen Wirthschaftshauses öffentlich mitgetheilten Verkaufs-Bedingungen ausmacht, und davon insonderheit der Betrieb der Braunahrung abhangen sollen, solcher auch darauf in dem unterm 10ten Jul. 1783 mit dem Landesherrn geschlossenen Kaufcontract im 7ten Absatze eingerückt, und im 8ten Absatze von der in dem Masse verkauften Brauerey die hohe Gewährleistung versprochen worden;

wohlfolglich da 2) der Landesherr, als hoher Contrahent, das Versprechen, daß niemand in dem Amte Bier verzapfen dürfte, sondern alle Wirthe und Becker sich aus der Brauerey des Wirthshauses zum Bären oder des B. mit dem zu verzapfenden Biere verlegen zu lassen schuldig seyn sollten, zu bewirken, nach gemeinen Rechten, die jeden Landesherrn in geschlossenen Rechtsgeschäfften auf gleiche Weise wie jeden priuatum verpflichten, verbunden ist, — die vorangeführte Auslegung, als wenn der hohe Contrahent, unter der Eigenschaft eines Landesherrn jemanden nichts desto weniger eine besondere Verleihung zum Brauen und Verzapfen des Bieres ertheilen, und auch dadurch die Wirthe und Becker im Amte sich von diesem mit Biere verlegen zu lassen auctorisiren könne, sowohl der Natur des verbindlichen Kaufcontractes und der darin versicherten Gewährleistung, als auch dem Rechtsgrundsatze widerspricht quod contrahens contra factum proprium venire nequeat,

L. 17. D. de euictione.
de Cramer obs. iur. tom. 4. obs. 1064.

weshalb selbst die Römischen Kaiser bey dem Verkaufe fiscalischer Grundstücke dasjenige, so davon verkauft worden, aus irgend einem andern Grunde der hoheitlichen Macht wieder zu entwähren und dagegen zu handeln untersaget, quod retractare fiscum, quod semel vendidit, aequitatis honestatisque ratio haud patiatur,

L. 2. C. ne fiscus rem, quam vendidit, euincat.

8 Demnächst 3) gedachtes Privilegium als eine auf dem ehemaligen landesherrlichen Wirthschafts-Gebäude haftende Brauerey-Gerechtigkeit verkauft worden, mithin als ein priuilegium reale et titulo oneroso acquisitum anzusehen, welches, aus der Natur eines erworbenen Rechts, vom Landesherrn nach Belieben weder ganz noch zum Theil widerrufen werden kann,

Ziegler l. c. lib. 1. c. 12. n. 12.
Strube rechtl. Bed. Th. 1. Bed. 80.

9 Bevorab solches 4) als ein ausschliessendes Privilegium innerhalb dieser billigen Einschränkung verliehen worden, daß eines Theils die Amtsunterthanen, sofern das

zu

zu verzapfende Bier tüchtig und Kaufmannsgut ist, solches aus der Brauerey zum Bären zu nehmen angewiesen, andern Theils ihnen solches bey dem Bierbrauer B. zu nehmen nachgelassen ist, und im Falle daß bey beyden daran ein Mangel seyn sollte aus dem nahe gelegenen Orte M. das Bier zu hohlen frey verblieben, unter solchen Einschränkungen aber die Landesherrschaft selbst die so ausschließliche Braugerechtigkeit vor deren Verkauf ausüben lassen, so wie der Betrieb der Braunahrung, wenn ein Käufer dabey bestehen sollen, dergleichen ausschließliches Recht erfordert, und dennoch zugleich dabey dem gemeinem Wohle durch die beygefügte Bedingung eines zu liefernden tüchtigen Bieres prosricirt worden;

10 Diesemnach wenn auch 5) dieses Privilegium in Ansehung beyder Brauereyen gewissermaßen als ein monopolium angesehen werden könnte, dennoch nicht jedes monopolium an und für sich unerlaubt ist, wie der Cammer-Gerichts-Assessor von Cramer

in den Wetzlarischen Nebenstunden Th. 2. Abh. 10. §. 3. S. 173.

ausgeführet, da selbst manche Nahrungszweige, wenn sie bestehen sollen, eine dergleichen ausschliessende Verleihung erfordern;

11 Dahergegen 6) wenn auch der Fall eintritt, daß ein Landesherr ein verliehenes wahres monopolium ex causa salutis publicae aufheben kann, solches dennoch mit Rechtsbestande anders nicht, als nach vorher angestellter rechtlicher Untersuchung des angegebenen gemeinen Wohls, wobey der privilegirte Theil in Ansehung seines erworbenen Rechts, mit seiner rechtlichen Nothdurft gehöret werden muß, geschehen kann,

Mevius P. 3. dec. 154.
von Cramer in den Nebenstunden Th. 1. Abh. 4. §. 6.

12 und ihm unter einer solchen eintretenden Ursache, nichts desto weniger die völlige Schadloshaltung und desto gewisser zu leisten ist, als es dessen erworbenes Recht betrifft, und dessen Ersetzung schon auf das Naturrecht gegründet ist,

Grotius de iure belli et pac. lib. 2. c. 14. §. 13.
Leyser de assentationib. Iurisconsultorum c. 3. §. 35.
Struben rechtl. Bed. Th. 1. Bed. 80. §. 2.

in solchem Betrachte auch ein Landesherr mit Einziehung eines priuilegii oder monopolii via facti zu verfahren einen rechtlichen Grund für sich nicht anführen kann;

13 Gleichwohl 7) im gegenwärtigen Falle und nach der vorhin bemerkten Eigenschaft des gewissermaßen ausschließlich verliehenen priuilegii, so wie es der Landesherr vorher selbst ausüben lassen, an einer solchen causa salutis publicae es ermangelt; und soviel den angegebenen Mißbrauch betrifft, Supplicant durch die beygelegten Atteſtate dargethan, daß bey dem Durchmarsche der kaiserlichen Truppen tüchtiges Bier geliefert worden, und der Vorfall, welcher zu der bemerkten Beschwerde Anlaß gegeben einen einzelnen Ort, wohin die Einquartierung nicht bestellt gewesen, betroffen, wo das schleunig zu liefern gewesene Bier, weil es sich nicht hinlänglich setzen können, trübe geblieben;

ben; wobey ausser rechtlicher Betrachtung nicht gelassen werden kann, daß ein Zufall, und selbst ein mißlungenes Brauen und eine durch heisse Witterung eingetretene Säure, nach der ganzen Natur der Brauerey, für keinen Mißbrauch gehalten werden kann, in welchem Betrachte dieses priuilegium schon nach der Natur dieses Rechts auf zu lieferndes tüchtiges Bier, so Kaufmannsgut ist, eingeschränket worden; dahergegen zum Mißbrauche eines priuilegii solche Handlungen erfordert werden, welche vorsätzlich und aus Gefährde zum öffentlichen Nachtheile unternommen sind, wie

Stryk de abusu iuris quaesiti cap. 4. per tot.

ausgeführet;

14 Uebrigens 8) die landesherrlichen Polizey-Rechte, nach welchen auch priuilegia verliehen werden, aus den Gründen der Gerechtigkeit die natürlichen Schranken haben, daß dadurch das erworbene Recht eines Dritten nicht geschmälert werden darf, als welches auch nicht einmal mittelst der Macht-Vollkommenheit jemanden entzogen werden soll,

Cocceii in iure controv. lib. 1. tit. 3. qu. 4.

und wenn solches geschieht, jede Polizeysache in eine Justizsache verwandelt wird, und eine dagegen ohne gerichtliches Verfahren unternommene Verfügung ein mandatum sine clausula begründet,

de Cramer obseru. iur. tom. 1. obs. 298.

Und ob zwar 9) oberwähntes von dem regierenden Herrn Grafen auf eine Art der Entschädigung gerichtetes Anerbieten eine gerechte Gesinnung bezeichnet, dennoch auch Supplicant in Ansehung dessen, daß die ganze Nahrung in dem erkauften Wirthschafts-Gebäude von der Aufrechthaltung dieses priuilegii abhängt, aus dem erworbenen Rechte einen rechtlichen Grund auf dessen Erhaltung zu bestehen, für sich hat, und ihm solches Anerbieten bey dem von ihm nichts desto weniger zu besorgenden Ruin anzunehmen, nicht zugemuthet werden mag;

Als sind wir der rechtlichen Meinung:

15 daß der 7te Absatz des gedachten mit dem Landesherrn geschlossenen Kaufcontracts weder aus dem Grunde eines darin liegenden monopolii, noch auch aus dem angegebenen Mißbrauche, durch die an W. ertheilte Verleihung eines gleichmäßigen priuilegii aus landesherrlicher Macht nicht geschmälert und aufgehoben werden könne, vielmehr Supplicant gegen diese dem Kaufcontracte zuwiderlaufende Verleihung, als gegen eine nicht zu rechtfertigende Handlung, bey einem der höchsten Reichsgerichte ein mandatum de via facti non procedendo et de non contraueniendo contractui emtionis venditionis zu erhalten die rechtliche Hoffnung für sich habe. 1787.

Num. 147.

Num. 147.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

Quatenus constituens ex delicto officialium teneatur.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Quaestio proposita. n. 1.

Rationes dubitandi.

Cui nominatio officialis competit de quouis delicto eius tenetur. n. 2.
Imprimis si specialiter ita conuentum est. n. 3.
Qui negligentem in officio retinet eodem modo tenetur ac is qui talem nominat. n. 4.

Rationes decidendi.

Qui in nominatione et electione officialis negligens non est ex sola nominatione non tenetur de damno a tali commisso. n. 5. 7.
Praeponens enim vltra fines praepositionis non tenetur. n. 6.
Sanctiones iuris romani quae dominum ex damno a seruo dato obligant hodie applicari nequeunt. n. 8.
In casu proposito nec negligentia nec alia specialis causa obligationis adest. n. 9. 10. 12. 13.
Director collegii vi officii non ex mandato officiales nominat. n. 11.
Quaestionis decisio. n. 14.

Rechtsgutachten.

Als uns dasjenige, was von dem reichsgräflich Fränkischen Collegio an der einen und dem gräflich Erbach-Schönbergischen Hause an der andern Seite in Betreff des unter dem Directorio weiland Herrn Grafen Georg August von Erbach-Schönberg angestellt gewesenen Collegial-Cassirers B. zu E. contrahirten Passiv-Recesses von 6199 Fl. und dessen verlangter Vertretung und Wiederbezahlung, in den deshalb vom Jahre 1750 bis 1786 ergangenen und hiebey wieder zurückgehenden Acten verhandelt worden, zugefertigt, und über die

Frage:

> Ob das gräfliche Haus Erbach für den ehemaligen Collegial-Cassirer B. zu stehen, und dessen contrahirten Passiv-Receß von 6199 Fl. 36 Kr. zu bezahlen schuldig sey, oder nicht?

die Ertheilung unserer in den Rechten gegründeten Meinung gefordert ist,

Demnach erachten und erkennen wir nach fleissiger deren Verlesung und collegialisch gepflogener Erwägung den Rechten gemäß zu seyn:

2 Obwohl das Reichsgräflich-Fränkische Collegium rechtliche Gründe für sich zu haben vermeinet, nach welchen der weiland Reichsgraf Georg August zu Erbach-Schönberg, unter dessen im Jahre 1749 geführtem Directorio der Collegial-Cassirer B. zu dem vorher bereits geführten Dienst wieder angenommen worden, für den von demselben gewirkten Collegial-Casse-Passiv-Receß von 6199 Fl. einzustehen und die Bezahlung für ihn zu leisten verbunden sey;

immaßen 1) die Wahl und Anstellung eines Collegial-Cassirers einem zeitigen Director nach der Collegial-Verfassung heimgestellt sey, dieses aber die Verbindlichkeit, für dessen Diensthandlungen einzustehen, um so mehr nach sich ziehe;

Als 2) das Verhältniß eines Directors gegen das Grafen Collegium aus der Natur eines mandati sich bestimmen lasse, nach welcher das letztere als mandans und ersterer als mandatarius zu betrachten, und deshalb ein jedesmahliger Director in der Wahl und Ansetzung eines Collegial-Cassirers den höchsten Fleiß anzuwenden sich nicht entbrechen könne;

woraus 3) die Folge erwachse, daß derselbe, als Ansteller, für die von dem Collegial-Cassirer in Verwaltung des aufgetragenen Dienstes begangene Untreue und sonstige Vergehungen zu stehen gehalten sey, da auch sonst einige Rechtslehrer behaupten, quod constituens ex delicto officialis circa ipsum officium commisso teneatur,

Mylerus ab Ehrenbach in hyparchologia c. 10. n. 24.

3 wie denn auch 4) solche Verbindlichkeit in dem Reichsgräflich-Fränkischen Collegio anerkannt und nach Maasgebung des Extracts

aus dem Kunzelsauer Grafentage vom J. 1758.

dieserhalb festgesetzet worden: "daß ein künftiger hoher Director die facta et gesta des „von ihm angestellten Collegial-Cassirers gegen das hohe Collegium zu vertreten und „dasselbe diesfalls auf alle Fälle ausser allem durch des Cassirers Unrichtigkeit zu verur„sachenden Schaden und Verkürzung zu halten und respective zu setzen" ohne Ausnahme verbunden seyn solle;

4 wogegen 5) der Einwand daß weiland Reichsgraf Georg August zu Erbach-Schönberg bey übernommenem Directorio den Collegial-Cassirer B. den Dienst, darin er schon unter dem vorigen Directorio dermalen gestanden nur fortsetzen lassen, und dazu durch die von ihm abgelegte Rechnung unter Beybehaltung eines Activ-Recesses von 700 Fl. sich besonders bewogen gesehen, deshalb nicht zu statten kommen möge, weil Hochderselbe nichts desto weniger als Ansteller des Collegial-Cassirers anzusehen, und solches die Verbindlichkeit desselben nicht verändere, bevorab dero Zeit die Rechnung des Collegial-Cassirers nicht gründlich untersucht, auch nur ein unvollkommener Rechnungs-status vorgelegt und in so weit bloß auf guten Glauben angenommen und demnach hiernächst nicht richtig, noch auch ein wirklicher Activ-Receß befunden worden;

Dieserwegen 6) das besondere Vertrauen, welches der damalige hohe Director auf den Collegial-Cassirer B. gesetzt, demselben zur Last falle, besonders da ihm in der

Auf-

Aufnahme der Wechselschulden freye Hand gelassen, und demselben durch die ihm gegebenen Blanquete eine nicht geringe Gelegenheit von solchen einen Mißbrauch zu machen, gegeben worden, wie solche Gründe besonders in den beygefügten Considerationen in Ansehung einzelner Wechsel angebracht sind;

Dennoch aber und dieweil zuvörderst in rechtlichen Betracht zu nehmen ist, daß 1) dem weiland Reichsgrafen Georg August zu Erbach-Schönberg bey der Anstellung des Cammerraths B. zu dem Collegial-Cassireramte das geringste nicht zur Last gerechnet werden mag, indem derselbe einen in gräflichen Diensten sowohl, als in Collegial-Diensten bereits geprüften und mit unbeweglichen Gütern angesessenen und sonst nach Maasgebung der übrigen angeführten Umstände sehr bemittelt geachteten Mann, insonderheit aber einen solchen zum Dienste angesetzt, welcher schon unter dem vorhergegangenen Directorio das Cassireramt mit Zufriedenheit des reichsgräflichen Collegii in dem Maaße verwaltet hat, daß besage des Protocolls des Grafentages zu Wertheim vom Jahre 1747 die von ihm geführte Cassenrechnung revidirt, calculirt und justificiret, und der dabey befindliche Vorschuß von 726 Fl. anerkannt, hiernächst auch ihm wegen uneigennütziger und selbst mit Aufwand von Kosten übernommener Bemühungen eine ausserordentliche Belohnung von 100 Fl. vom reichsgräflichen Convente bewilliget, darneben von diesem das besondere Vertrauen für ihn geäussert worden, ihm zur Negotiirung einer neuen Anleihe von 9000 Fl. eine unter reichsgräflichem Collegial-Siegel ausgestellte Versicherungs- und Legitimations-Acte zu ertheilen, aus solchem allem aber die sichere Folge sich ergibt, daß nicht allein gedachter Herr Reichsgraf den Collegial-Cassirer B. für einen geschickten und treuen Rechnungsführer anzunehmen und beyzubehalten einen rechtlichen Grund für sich gehabt, 5

L. 50. D. de administr. et per. tut.

sondern auch dieser von dem reichsgräflichen Convente selbst dafür anerkannt worden, derowegen dessen Beybehaltung in dem Cassendienste, wie schon in dem gründlichen Berichte der gräflich Erbach-Schönbergischen Canzley vom 26ten Sept. 1786 mit Bestande ausgeführt ist, auf einer wahren Einwilligung des reichsgräflichen Collegii gegründet ist; darneben auch bey der darauf von ihm geführten Cassen-Administration an dem im Jahre 1749 gehaltenen Grafentage ungeachtet der Cassen-Zustand und die gefertigte Rechnung in dem reichsgräflichen Convente übergeben ist, das geringste nicht erinnert worden, und der hiebey gemachte Einwand, daß man damals der Rechnung nicht hinlänglich auf den Grund gesehen, zwar so viel zu erkennen gibt, daß von Seiten des reichsgräflichen Convents, vor welches die Abnahme der Rechnung gehöret, eine hinlängliche und gründliche Untersuchung nicht angestellet, hingegen dem Director daraus nichts zu Schulden gestellt werden mögen;

Hiernächst 2) so weit auch die Verbindlichkeit aus der Anstellung eines Bedienten ausgedehnt werden mag, solche dennoch weiter nicht geht, als die Einwilligung des Anstellers zu den bey Verwaltung des Dienstes vorzunehmenden Handlungen reichet, und diese und die darauf beruhende conditio praepositionis den Grund der Verbindlichkeit auf Seiten des Anstellers in sich hält, 6

L.

L. 11. §. 5. 6. D. de institor. act.

hergegen jede in dem anvertraueten Dienste begangene Untreue und Malversation als eine Ueberschreitung der Gränzen des geschehenen Auftrages anzusehen ist, qui enim fines mandati excedit, aliud quid facere videtur,

L. 5. pr. D. mandati.

weshalb der Ansteller dafür einzustehen so wenig nach natürlichen als gemeinen bürgerlichen Rechten verbunden ist;

L. 60. in f. D. eod.
L. 10. C. de procurator.

7 Derowegen 3) die bloße Ansetzung eines Beamten an und für sich betrachtet und ohne Rücksicht auf eine dabey eintretende wirkliche Schuld den Rechten nach als ein Grund der Verbindlichkeit, für die im Dienste begangenen Vergehungen einzustehen, um so weniger gehalten werden kann, jemehr es offenbar allen Rechtsgründen widerspricht, jemanden das von einem andern begangene Vergehen dergestalt beyzumessen, 8 daß er deshalb zur Schadens-Ersetzung verbunden seyn sollte, und je weniger die Verordnungen des römischen Rechtes, die einem Herrn für die aus dem Verbrechen eines Sclaven herrührenden Schäden einzustehen oder den Sclaven anstatt solcher Entschädigung abzuliefern, verbinden, auf diejenigen anwendbar sind, von welchen die Führung eines Amtes und Dienstes jemanden aufgetragen wird, weshalb von bewährten Rechtslehrern mit vollem Rechtsbestande behauptet wird, quod nec princeps ex facto ministrorum, circa officium delinquentium, obligetur,

Leyser spec. 13. med. 2.

cum iustitiae et aequitati repugnet, principi facta officialium, ad quae sua culpa non concurrit, ita, vt de suo soluat, imputare velle,

Paul Kress de iure officiorum et officialium c. 5. §. 8.
Stryk de obligatione principis ex facto ministrorum cap. 3. n. 74.

9 Dahergegen 4) der Fall der Ausnahme, wo ein Reichsstand sich bey der Auswahl eines Bedienten ein erweisliches Versehen zu Schulden kommen lassen, in dem gegenwärtigen Falle, da nach den vorher angeführten Umständen die Führung des Cassireramtes selbst auf der Anerkennung und Genehmigung des reichsgräflichen Collegiums beruhet, keine Anwendung leidet,

Demnächst 5) aus der Art und Eigenschaft der Obliegenheiten des hohen Directorii bey dem reichsgräflichen Collegio kein näherer Grund für den angesetzten Collegial-Cassirer einzustehen, hergeleitet werden kann, indem das Directorium die Rechte und Verbindlichkeiten auf sich hat, welche die Einleitung und Ausführung aller vom Reichsgrafen-Collegio zu verhandelnden Geschäffte betreffen, und unter solche Directorial-Rechte auch die Anstellung eines Collegial-Cassirers gehört, nichts desto weniger aber ein Collegial-Cassirer in den Pflichten und Diensten des reichsgräflichen Collegii in

in dem Maaße steht, daß er die sämmtlichen Einnahmen und Ausgaben des reichsgräflichen Collegiums zu besorgen, und die dahin einschlagenden Geschäffte des reichsgräflichen Collegii zu verwalten, dann auch dem reichsgräflichen Collegio von seinem geführten Dienste Rechnung abzulegen hat, und wie die den Acten beyliegenden auf den Grafen-Tagen gehaltenen Protocolle erweisen, solche Rechnungen bey dem reichsgräflichen Convente justificiren zu lassen, verpflichtet ist;

wohlfolglich 6) aus der einem hohen directori überlassenen Anstellung des Collegial-Cassirers die Folge nicht gezogen werden mag, daß dieser einen zu dem Directorio gehörigen Dienst verwalte, und bloß in dessen Pflichten stehe, da eines Theils der Unterschied unter der Ansetzung eines Collegial-Bedienten und unter dem von diesem zu führenden und das reichsgräfliche Collegium selbst betreffenden Dienste vor Augen liegt, andern Theils in den beyliegenden Acten keine Spur davon anzutreffen ist, daß die Einnahme und Ausgabe dessen, was das reichsgräfliche Collegium betrifft, dem hohen Directorio zugeeignet sey, und dasselbe allein oder auch nur vorzüglich angehe, indem ein solcher Cassirer kein Directorial-Cassirer, sondern ein Collegial-Cassirer selbst der Benennung nach ist, und die Rechenschaft von seinem Dienste vor dem reichsgräflichen Convente abzulegen hat; 10

Solchemnach 7) das in den übergebenen Considerationen angeführte Verhältniß des Directors gegen das reichsgräfliche Collegium, worin letzteres als mandans und ersterer als mandatarius betrachtet, und daraus die Rechte und Pflichten eines mandatarii in Anwendung gebracht werden, mit Bestande sich nicht begründen läßt; 11

anerwogen a) dieses Verhältniß aus keinem andern Grunde, als, wie bey allen andern ähnlichen Collegiis aus der Grundverfassung des reichsgräflichen Collegii herzuleiten ist, in welcher dem Directorio sowohl bestimmte Gerechtsame und Verbindlichkeiten ertheilet sind, als auch zugleich die Ordnung festgesetzt ist, in welcher die auf 3 Jahre eingeschränkte Führung des directorii auf jedes Mitglied des collegii nach dem iure senii fallen solle, folglich gedachtes Directorium sowohl in Ansehung der Directorial-Rechte und Pflichten, als auch in Ansehung des Anfalls desselben und dessen Uebernahme unmittelbar von der Fundamental-Verfassung des reichsgräflichen Collegii abhängt, dannenhero bey dem durch die Grundverfassung bestimmten Directorio die Rechte des mandati, welche ein vermittelst Contracts aufgetragenes Geschäfft zum voraus setzen, in Anwendung nicht gebracht werden mögen; sondern alles auf der reichsgräflichen Collegial-Verfassung beruhet;

Darunter b) die Anstellung eines Collegial-Cassirers gehöret, bey welcher dem damaligen Directori vorangeführtermaßen nichts zur Last gelegt werden mag;

Folglich da c) der Erfolg der mit Vorsicht vorgenommenen Anstellung eines Collegial-Cassirers der Absicht nicht entsprochen, und die reichsgräfliche Collegial-Casse dadurch einen merklichen Schaden erlitten, solches als ein Zufall anzusehen, für welchen der hohe Ansteller einzustehen den gemeinen Rechten nach nicht gehalten ist;

L. 13. C. mandati.

12 Hiebey auch 8) das in dem reichsgräflichen Collegio unterm 16ten Sept. 1758 errichtete Statut in keine Anwendung gezogen werden kann, da solches eines Theils erst nach dem in Frage stehenden Vorfalle errichtet, und schon seinem ausdrücklichen Inhalte nach als eine Vorschrift für künftige Fälle gegeben worden, andern Theils die darin bestimmte Verbindlichkeit eines zeitigen Directors in einem jeden Falle für die aus der Nachlässigkeit und dem Betruge eines Collegial-Cassirers entstehenden Schäden ohne Ausnahme einzustehen, nur erst durch ein gemeinschaftlich beliebtes Statut festgestellet werden können, da eine solche Verbindlichkeit für jeden Schaden, ohne Unterschied ob derselbe auf irgend eine Weise dem Verschulden des Directors beyzumessen sey oder nicht, einzustehen, auf Gründen der gemeinen Rechte nicht beruhet;

Endlich 9) der vorhin angeführte Einwand, daß die im Jahre 1749 von dem Collegial-Cassirer B. übergebene Rechnung nicht gehörig untersucht und nur auf guten Glauben angenommen worden, ein factum des reichsgräflichen Convents selbst betrifft, da die Justification der Rechnung vor dasselbe gehöret, folglich vielmehr dem hohen Directorio ein Grund zu einer Beschwerde und rechtlichen Einrede erwachsen, indem durch die nicht gründliche Abnahme der Cassenrechnung eine Gelegenheit, jede Vorkehrung zu Abwendung eines weiteren Schadens zu treffen, demselben entzogen worden;

13 So wie auch 10) dasjenige, was dem hohen Directori in Ansehung der dem Collegial-Cassirer B. anvertraueten Blanquets zur Last gelegt worden, daraus seine Erledigung erlangt, weil solches vermöge der von dem reichsgräflichen Collegio dem Collegial-Cassirer B. behuf der umzusetzenden Wechsel-Capitalien auf 9000 Fl. ausgestellten Versicherungs- und Legitimations-Acte geschehen, überdem die in Ansehung der Wechsel von gedachtem B. begangenen Fehler bey dem jetzt in Frage stehenden Cassen-Defecte von 6199 Fl. in keine Frage kommen, indem dieser nicht aus jener Wechsel-Irrung, sondern aus den in der Rechnung doppelt angesetzten und anderen unrichtig in Ansatz gebrachten Posten herrühret, welche erst bey der vom reichsgräflichen Collegio übergebenen und in Erörterung gezogenen Rechnung entdeckt werden können;

Und da 11) der weiland reichsgräfliche Director nach erfolgter Entdeckung dieses Passiv-Recesses die Cession des Vermögens der B—schen Ehefrau und alles zu bewirken sich sehr angelegen seyn lassen, was der gemeinschaftlichen Casse behuf der zu hoffenden Entschädigung zu statten kommen können, der diesem gleichwohl nicht entsprechende Erfolg, so wie der Cassen-Defect selbst, als ein Unglücksfall zu betrachten, welcher der reichsgräflichen Collegial-Casse allein zur Last fällt;

Als sind wir solchem allem nach der rechtlichen Meinung:

14 Daß der jetzt regierende Herr Reichsgraf zu Erbach-Schönberg und dessen gräfliches Haus für den ehemaligen Collegial-Cassirer B. einzustehen, und dessen

dessen contrahirten Passiv-Receß von 6199 Fl. 36 Kr. zu bezahlen nach allen Gründen des gemeinen Rechts für verbunden nicht zu halten. 1787.

Num. 148.

RESPONSVM.

THEMATA GENERALIA.

I. Decisio causarum feudalium fit secundum ius curiae.

II. Formula inuestiturae zu rechten Mannlehn feudum masculinum in quo feminarum nulla est successio, denotat.

III. Tenor inuestiturae determinat iura feudorum.

IV. In collisione litterarum inuestiturae antiquiores non semper anteferendae sunt recentioribus.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Species facti. n. 1.

Quaestio proposita. n. 2.

Decisio causarum feudalium fit secundum ius curiae. n. 3.

Modo ius sit generaliter constitutum, nec ad certas species restrictum. n. 4.

Feuda landsassiaca sunt ea quae subsunt superioritati territoriali domini directi. n. 5.

Vox *Mannlehn*, et exclusio feminarum a successione per remotiores agnatos non impedit quo minus feudum femininum sit. n. 6.

Sub *Mannlehn* tamen in regula feudum masculinum intelligitur. n. 7. 11.

Feudum masculinum extincto stemmate masculino domino aperitur. n. 8.

Feminarum successio in feudis secundum ius commune locum non habet. n. 9. 17.

Quod imprimis intuitu feudorum Coloniensium valet. n 10

Per pactum speciale successio feminarum in casu proposito locum habere videtur. n. 12.

Tenor et verus sensus litterarum inuestiturae exponitur. n. 13.

Vasalli dominis ius aperturae concedentes securitati suae vario modo prospexerunt. n. 14. 19.

Vocis *exheredare* in litteris inuestiturae sensus eruitur. n. 15.

Phraseos *von Erstersnüsse wegen* sensus explicatur. n. 16. 18.

Feminis ad successionem feudalem adspirantibus incumbit probatio pacti specialis. n. 17.

Interpretatio locorum ambiguorum fit secundum ea quae aperta sunt, et voluntatem contrahentium manifestant. n. 20.

Qualitas feudorum ex tenore inuestiturae determinanda est. n. 20. 21.

Mutatio in litteris inuestiturae, ac etiam mutatio qualitatis feudi absque omnium quorum interest consensu fieri nequit. n. 22.

Mutatio in iis quae solummodo iura domini concernunt, a domino fieri potest. n. 23. 24.

Rationes quae vero simile reddunt in casu obuio mutationem cum consensu vasallorum et praevia

Rechtsgutachten.

§. 1.

1 Die zwischen den Erbgenahmen von Arnds und der Chur-Cöllnischen Hof-Cammer verhandelten Acten, woraus mir ein Auszug nebst einer Frage zur Ertheilung eines rechtlichen Gutachtens zugefertiget worden, betreffen das Lehngut Katzdorf, welches nach Ausgang des Mannsstammes des Geschlechts von Arnds von der Chur-Cöllnischen Hofkammer für eröffnet und heimgefallen geachtet, hergegen von den Erbgenahmen von Arnds wegen daran habenden Lehnfolgerecht in Anspruch genommen worden. Aus der zum Grund liegenden Geschichte kommen dabey folgende Umstände vornemlich in Betrachtung.

§. 2.

2 Die im Herzogthum Jülich gelegene Burg Katzdorf hat das Geschlecht der von Arnds vom Erzstift Cölln seit etlichen Jahrhunderten zu Mannlehn getragen. Die vortheilhafte Lage dieser Burg, mittelst welcher die Grenzen des Erzstifts in den mittlern Zeiten bedeckt werden konnten, hat veranlasset, daß die hohen Lehnherren das Oeffnungsrecht daran zu erlangen gesucht, und der Erzbischof zu Cölln Walram II. hat im Jahr 1339 zu dessen Erlangung die damahls nicht geringe Summe von tausend Gulden verwandt, und an Werner von Arnds auszahlen lassen. In dem von Walram II. im Jahr 1339 ertheilten Lehnbriefe ist die Burg zu Katzdorf nebst deren Zubehörungen Wernern von Arnds unter dem Ausdruck, zu Lehn gereichet worden

> solches alles von uns und unserm Stift zu rechtem Mannlehne zu haben und zu tragen,

und in Ansehung des bedungenen Oeffnungsrechts ist dabey hinzugefüget:

> wir haben aber uns, unsern Nachkommen, und Stift vorbehalten die Oeffnung an und auf genannter Burg, also, daß wir derselben Burg als unser offenes Hauß gebrauchen und uns darin und daraus zu unsern Nöten behelfen mögen wider alle männiglich, Niemand ausgeschieden, wann wie oft wir der bedörffen, doch mit diesen Vorwarden, daß wir, unsere Nachkommen und Stift, den genannten Arnds, und seine rechte Erben, die seyen Manns oder Weibs Kunnen, von dem vorgemelten Lehn nicht enterben wollen noch sollen, von Ersterfnüs wegen, und hat auch genannter von Arnds für sich und seine Erben zugesagt und gelobt, uns auf derselben Burg zu Katzdorf sonder alle Wiederred auf und abzulassen, uns davon zu behelfen, als von unsern offenen Hauß, so dick uns des Noth geschieht.

In

In dem in eben dem Jahr 1339 ausgestellten Reversbriefe bekennet Werner von Arnds, daß er die Burg zu Katzdorf

> med Vor-Borge, und Türnen, med Portzem, med Muren und Graven und dem Berge und med der Hoffstat, also, als sie gelegen iß ganz und gar und auch der Wildbahn, die zu der Burg gehöret — — dem vorgenannten Herrn von Colne und sin Gestifte bekennt zu seyn, und han auch — — diselbe Burg zu Katzdorf und alles, dat vergenant iß, von demselben unsen Herrn entfangen zu rechten Mann-Leyne und machen vür unß und vür unßere Erven dieselbe Burch zu Katzdorf, wie sie vorgenannt ist, zu offen Huyß des Gestifts van Cölne ewiglich und immer, also, dat der vorgenannt unser Herre van Cölne sine Nakomelinge und dat Gestifte van Cölne van derselben Burg sich mögen behelfen zu ihren Nöyden wider alermenlich, niemand ußgenohmen, wann und dicke sie des bedürfen med Vorwarden doch, dat Unser vorgenannt Herre van Cölne sin Nakomelinge, und sin Gestifte Unß gerechten Erven, sie syn Mansgeburt off Wives Geburt van den vörgesprochen Leyne, wie sie genannt synd, nimmer enterven mügen van Ersterfnüsse wegen, und wir han gelovet und geloven vür Unß und vür Unß vürgenannten Erven ewiglich und immer, dat wir den vorgenannten Unsen Heren van Cölne, sin Nakomelinge und dat Gestifte van Cölne und auch ihr Fründe van irwegen uff dieselbe Burg zu Katzdorf wie sie vorgenannt ist, sunder alle Widerrede uflaissen sollen, und wieder dairave, sich dairave zu behelffen, als von irme offen Huße, wann und als dick, alß van irwegen dat geheischet wird.

§. 3.

Seit dem 14ten Jahrhundert bis zum Anfang dieses Jahrhunderts sind die Lehnbriefe über das Haus Katzdorf auf gleiche Weise ausgefertiget, auch seit solcher Zeit nur allein die vom Mannsstamme des Geschlechts von Arnds zur Lehnsfolge in Katzdorf zugelassen worden. 3

Als ein Jahr nach Absterben Bernhard Wilhelms von Arnds dessen halbbürtiger von einer Mutter abstammender Bruder, Freyherr von Oppenhof daran ein Recht zu behaupten gesucht, hat des erstern leiblicher Bruder Diederich von Arnds unterm 23ten Sept. 1701 bey der Lehns-Curie dagegen Vorstellung gethan, und auf die Eigenschaft dieses Lehns, als eines Mannlehns, sich bezogen und um die alleinige Belehnung mit dem Haus Katzdorf und Zubehör nachgesuchet: gedachter Diederich von Arndts ist auch darauf vom J. 1701 nach den Formalien der ältern Lehnbriefe belehnet worden.

Auf erfolgtes Absterben des gedachten Diederichs ist bey der von dessen Sohn Bernhard Wilhelm von Arnds sede impedita gesuchten Belehnung im Jahr 1714 eine Veränderung erfolget und es ergibt der Namens der Prälaten und Capitularen eines administrirenden hohen Erz- und Thumb-Stifts Cölln unterm 23ten Jan. 1714 ausgefertigte Lehnbrief, daß Bernhard Wilhelm mit Katzdorf und aller seiner Zubehör sol-

solches alles vom Erzstift zu rechtem Mannlehn zu haben und zu tragen,

belehnt worden, immaßen seine Voreltern und letzthin sein Vater solches vom Erzstift zum rechten Mannlehn gehabt, empfangen und getragen, und daß hergegen das vorangezogene Stück der alten Lehnbriefe, welches die vorbehaltene Oeffnung an der Burg nebst der dabey angeführten Vorwarde oder Bedingung, und die dagegen von den Lehnmannen geleistete Zusage betrifft, aus diesem Lehnbriefe gänzlich weggelassen worden.

Auf gleiche Weise, wie im J. 1714 geschehen, ist gedachter Bernhard Wilhelm von Arnds auf Absterben des Lehn-Herrn weiland Churfürsten Joseph Clemens im Jahr 1725 belehnet worden. Sein Sohn Franz Bernhard von Arnds hat theils bey dem ihn im Jahr 1735 betroffenen Lehns-Falle, theils wiederum nach tödtlichem Hintritte des Lehnherrn Churfürsten Clemens Augusts im Jahr 1763 die Belehnung auf gleiche Weise empfangen: und sind also in diesen vier nach einander folgenden Belehnungen innerhalb 48 Jahren die Lehnbriefe gleichförmig und unter Weglassung der die Oeffnung auf der Burg und deren Rechte und Verbindlichkeiten betreffenden Stelle ertheilt worden.

§. 4.

Unterm 28ten Jan. 1766 ist Franz Bernhard von Arnds ohne Leibes-Erben verstorben und mit ihm der Manns-Stamm seines Geschlechts ausgegangen. Von weiblichen Geschlechtsverwandten hat er nach sich gelassen 1) eine Schwester Maria Wessela von Arnds 2) seiner verstorbenen an Freyherrn von Schulten verheyratheten Schwester Tochter Wilhelmine Charlotte Friderike von Schulten, 3) die Söhne von seiner an Freyherrn von Pesch vermählt gewesenen Schwester, und 4) seines verstorbenen mit einer Freyin von Schonstein zu Villip verheyratheten Bruders Töchter, deren eine an Freyherrn Günter zu Bruck und die andere an Freyherrn von Palmersdorf zu Linz vermählet ist. Wie diese des letztverstorbenen Vasallen Erben zu dessen ansehnlicher Verlassenschaft sind, so haben sie ebenfalls zur Lehnsfolge auf Katzdorf zugelassen zu werden gesucht, das Lehn unterm 10ten März 1766 gemuthet, und deshalb auf die ältern Lehnbriefe sich bezogen. Die zwischen ihnen und dem Lehns-Fiscal ergangenen Acten ergeben des mehrern, was dagegen von Seiten des Letztern in Ansehung der Mann-Lehns-Eigenschaft des Lehns und der Burg Katzdorf und des dießerhalb behaupteten Anheim-Falls angeführet, und unter beyden Theilen verhandelt, und wie darauf nach genommenem Schluß der Sache in der Lehnscurie erkannt worden,

> daß das Lehn Katzdorf sammt aller seiner Zubehör als dem Erz-Stift heimgefallen und eröffnet zu erklären, mithin Kläger solches sammt allen, seit Absterben des letztern männlichen Vasallen davon erhobenen Nutzungen an die Churfürstliche Hof-Cammer abzutreten schuldig.

Nachdem nun die Erbgenahmen von Arnds gegen dieses Erkenntniß eine Appellation an den höchstpreislichen Reichshofrath eingewandt, so beruhet die Hauptsache vornemlich auf der

Fra-

Frage:

Ob das Lehngut und die Burg Katzdorf nach gänzlichem Ausgang des Manns-Stamms der von Arnds dem Erz-Stift Cölln für eröffnet und heimgefallen zu achten sey, oder ob den eben genannten Erbgenahmen daran die Lehnsfolge nach den gemeinen und Chur-Cöllnischen Lehnrechten zustehe? 2

§. 5.

Nach den über diese Frage von beyden Seiten in den Acten angebrachten Gründen ist deren rechtliche Erörterung auf folgende Hauptpunkte zu richten:

1) Nach welchen Rechten diese Frage in Betracht dessen, daß das Lehngut Katzdorf ausserhalb den Chur-Cöllnischen Landen belegen ist beurtheilt werden müsse?

2) Ob dasselbe ein wahres Mannlehn sey, und daher die Churfürstliche Hof-Cammer nach Abgang des Mannstammes der von Arnds fundatam intentionem für sich habe, solches für eröffnet und dem Erzstift für heimgefallen zu erklären.

3) Ob die aus den ältern Lehnbriefen vorhin §. 2. angeführte Clausel ein pactum adiectum in sich halte, kraft dessen dieses Lehn nach Abgang des Mannstammes an die weiblichen Nachkommen der von Arnds fallen solle? Und ob

4) diese Clausel in den jüngern Lehnbriefen mit Rechtsbestande ausgelassen worden sey, und auch dieserwegen die Lehnsfolge in Katzdorf dem weiblichen Geschlecht nicht zustehe?

§. 6.

I) In Ansehung der ersten Frage ist von beyden Theilen mit Rechtsbestand anerkannt worden, daß die bey der Erzstift Cöllnischen Lehns-Curie hergebrachten Rechte überhaupt zum Grunde der Entscheidung zu legen, indem es den Rechten gemäß ist, daß Lehnsstreitigkeiten nach den Rechten des Lehnhofes, von welchem die Lehne abhängen, sie mögen im Lande oder ausserhalb Landes gelegen seyn, entschieden werden müssen, 3

Fridericus a Sande de feudis Gelriae tract. 6. c. 5. n. 11.
Nic. Burgundus in comm. ad consuet. Flandriae tract. 2. n. 7.

Nur ist im gegenwärtigen Falle in Widerspruch gezogen worden, ob der in der Chur-Cöllnischen Rechts-Ordnung Tit. 6. enthaltene und zwischen dem Erzbischof Ferdinand zu Cölln und der Cöllnischen Ritterschaft unterm 28ten Jan. 1659 geschlossene Vergleich seine Anwendung dabey gewinnen könne. Um solches zu behaupten, haben die Erbgenahmen von Arnds sich darauf bezogen, daß die zeitigen Besitzer von Katzdorf zu den Cöllnischen Landtagen berufen worden, und daß noch der letzte Besitzer Franz Bernhard von Arnds wegen dieser Burg auf den Landtag aufgeschworen und jährlich dazu berufen worden sey, daraus aber die Folge dahin zu ziehen gemeint, daß dieses Lehn ein erzstiftisches landsässiges Lehn, und deshalb nach obgedachtem Vergleiche zu beurtheilen sey.

§. 7.

§. 7.

4 So gegründet es sonst an und für sich ist, daß die Rechte der Lehnscurie bey den davon abhängenden auch außerhalb Landes gelegenen Lehnen, zum Grund der Entscheidung bey vorkommenden Lehnsstreitigkeiten zu legen sind, wie ich auch in der Abhandlung

De decisione causarum feudalium secundum ius curiae §. 12. 13.

ausgeführet habe: so leidet doch dieses in Ansehung solcher Verordnungen einen Abfall die nur in Ansehung gewisser Lehen im Art und Gestalt eines Vergleichs getroffen worden, dergleichen der angezogene Vergleich vom Jahr 1659 ist. Da im §. 6. desselben ausdrücklich bedungen worden,

> daß diese Transaction alleinig auf die landsässigen Lehen nicht aber auf diejenigen, welche unmittelbar unter dem Reich oder in anderer Fürsten und Herrn territorio und Gebiete gelegen zu verstehen sey, sondern Ihro Churfürstl. Durchlaucht und Deroselben successores dieserwegen in ihren vorigen Rechten stehen und verbleiben, solches auch hingegen selbigen Lehnleuten, so fern sie einiges haben, unbenommen seyn solle:

so ergibt sich daraus offenbar, daß da das Lehngut Katzdorf im Jülichschen gelegen ist, 5 gedachter Vergleich bey solchem keine Anwendung leide. Die Berufung des Lehnbesitzers zu Landtagen ist an und für sich kein Kennzeichen eines landsässigen Lehns, wenn sie nicht von den im Lande belegenen Gütern geschehen ist, indem ein Lehen nur dadurch, daß es unter der Landeshoheit der Lehnherrn mithin in desselben Territorio gelegen ist, die Eigenschaft eines landsässigen Lehns erlanget

Wernher de probatione landsassiatus ex situ terrarum in sel. obs. for. T. I. P. IV. obs. 3.

und in solcher Absicht ein landsässiges Lehn im gedachten Vergleich den in fremder Fürsten und Herren Territorio belegenen Lehnen entgegen gesetzet wird. Wie hergegen bey den vom Erz-Stift lehnrührigen auswärtigen Lehngütern sowohl die gemeinen Lehnrechte, als auch die besonderen dem Erz-Stift Cölln von den vormahligen Kaisern ertheilten und zu wiederhohlten mahlen und besonders von Kaiser Leopold bestätigten Rechte und Privilegien, als welche durch ein Schreiben eben dieses Kaisers an das Reichs-Cammer-Gericht vom 26ten Aug. 1682 mit dem Befehl in vorkommenden Processen sich darnach zu richten eingesandt worden, zur Vorschrift und Entscheidung dienen:

> so ist hieraus mit Gewißheit zu behaupten, daß der gegenwärtige Fall in Ansehung dessen, daß das Lehngut Katzdorf ausserhalb des Erzstifts Cölln territorio gelegen ist, nach gedachten Chur-Cöllnischen Rechten, zu beurtheilen sey, hergegen vorgemeldeter Vergleich vom Jahr 1659 in so fern er von jenen abweichet, darauf keine Anwendung leide.

§. 8.

§. 8.

Was die zweyte Frage betrifft ob das Lehngut Katzdorf ein wahres Mannlehn sey, und die churfürstliche Hof-Cammer nach Abgang des Mannsstammes derer von Arnds fundatam intentionem für sich habe solches für eröffnet, und dem Erzstifte für heimgefallen zu erkennen? 6

so ist weder die Benennung des Lehnguts Katzdorf als eines Mannlehns, noch auch die unter dem noch blühenden Mannsstamm des Geschlechts von Arnds eingetretene Eigenschaft desselben als eines feudi masculini von den Erbgenahmen von Arnds in den Acten in Zweifel gezogen wohl aber die Folge, daß deshalb auch nach Abgang des Mannsstammes das weibliche Geschlecht ausgeschlossen sey, bestritten worden. Dieser vermeinten Folge ist der anscheinende Grund entgegen gesetzt, weil der bloße Ausdruck eines Mannlehens in den Lehnbriefen nicht so wohl die Eigenschaft des Geschlechts welches zur Succession darin berechtigt sey, als vielmehr die Eigenschaft eines unter Lehndiensten stehenden Guts andeute, und damit selbst der Ursprung des von Mannen und Mannschaft herrührenden Ausdrucks eines Mannlehns übereinstimme, wie von vielen Rechtslehrern, als von

Huld. ab *Eyben* in sect. iur. feud. c. 9. §. 5.
Hertius de feud obl. P. 2. §. 40.
Goeddeus in consil. Marburg. Vol. IV. cons. 37. n. 1021.

bemerket worden. Und da es auch an Lehnen nicht fehlet, welche bloß unter stehendem Mannsstamm auf männliche Lehenserben gehen, wobey hergegen auf dessen Abgang die Lehnsfolge, kraft eines besondern Vertrages, auch auf das weibliche Geschlecht fällt, so will daraus die vorhin angeführte Folge als unsicher und ungewiß angegeben werden.

§. 9.

Um aber diese den Grund der lehnherrlichen Befugniß betreffende Frage sowohl quoad factum als quoad ius vollständig zu beurtheilen, so ist hiebey zuvörderst auf den ältesten Lehnbrief vom Jahr 1339 mit welchem alle nachfolgenden übereinstimmen, das Augenmerk zu richten, und aus solchem erhellet, daß die Burg Katzdorf nebst Zubehör von Wallram II. Erzbischof zu Cölln 7

um solches alles von uns und unserm Stift zu rechtem Mannlehen zu haben und zu tragen,

dem Werner von Arnds gereicht worden. Und dieser bekennet nicht minder in dem im ebengedachten Jahre ausgestellten Reversbriefe, die Burg Katzdorf nebst Zubehör zu rechtem Mannlehn empfangen zu haben. Die Lehnbriefe der mittlern Zeiten ergeben, daß das Wort Mannleben in selbigen in einem doppelten Verstande gebraucht wird, und solches in einer allgemeinen Bedeutung ein jedes durch Kriegesdienste zu verdienendes Lehn, und in strengerm Verstande ein bloß auf männliche Leibes-Lehns-

erben gehendes Lehn andeutet. Wie die allgemeine Bedeutung nicht die eigentliche und gewöhnliche ist, und besondere Umstände zu erkennen geben müssen, daß der Ausdruck in den Lehnbriefen in jener allgemeinen Bedeutung gebraucht worden sey,

von Cramer in den Wetzlarischen Nebenstunden Th. 65. Abh. 1. S. 70.

so ist hergegen die strengere Bedeutung dieses Ausdrucks der Natur der teutschen Lehen, und der Eigenschaft der davon zu leistenden Kriegs- und anderer Lehndienste angemessen, und sie ist daher die eigentliche in den mittlern Zeiten hergebrachte Bedeutung. Daß dieser strengere und eigentliche Begriff des Worts Mannlehn in eben den Jahrhundert, aus welchem der vorangezogene Lehnbrief des Erzbischofes Walram herrührt der eigentliche damit gewöhnlich verbundene Begriff sey, solches erhärtet eine nur wenige Jahre nachher im Jahr 1342 vom Erzbischof zu Mainz Heinrich vollzogene Urkunde, bey.

Gudenus in Codice diplom. tom. III. p. 321.

in welcher feodum vasallatus, quod ein Mannlehen vulgariter dicitur, ad nostram dispositionem per mortem quondam Gisilberti deuolutum nach dem hergebrachten Sprachgebrauche und unter der obangeführten Bedeutung beschrieben wird. Und in solchem Verstande hat Friederich Churfürst zu Sachsen in einer Urkunde vom Jahr 1448

Henrichen Herrn zu Gera und sinen rechten Libes-Mann-Lehens-erben zu rechten Mannlehn gereichet und geliehen

Petr. Beckler Gräflich Reuß-Plauische Stammtafel S. 503.

Zur Bestimmung dieses eigentlichen Verstandes ist das Beywort recht und die Benennung zu rechtem Mannlehen gebräuchlich worden, als eine Benennung die man Handlungen beyzulegen gewohnt ist, welche man eigentlich und wahrhaftig für diejenigen gehalten haben wollen, welche sie nach Vorschrift der Gesetze seyn sollen feuda propria videlicet recta dicuntur, quae propriam et rectam per omnia obtinent feudorum naturam et in nullo ab ordinariis feudorum proprietatibus deflectunt

Voetius in digress. de feudis n. 18.

Die Verleihung des Lehnguts Katzdorf zu wahrem Mannlehen ist auch nach dieser Auslegung in einem Zeitraum von vierhundert Jahren für eine bloß auf männliche Lehnserben gehende Verleihung geachtet, und daher bloß allein dem Mannstamme die Lehnsfolge darin zugestanden, hergegen das weibliche Geschlecht davon gänzlich ausgeschlossen worden. Wie nun solche Eigenschaft eines feudi masculini selbst durch die beständige Observanz in dem Geschlecht derer von Arnds auf eine rechtsbeständige Weise erhärtet worden, cum consuetudo sit optima verborum interpres

C. 8. X. de consuetud.

so hat auch solche von den Erbgenahmen von Arends selbst in den Acten nicht in Abrede gestellet werden können.

§. 10.

§. 10.

Wenn daher nach diesen Gründen die Eigenschaft des Lehnguts Katzdorf als eines wahren feudi masculini auf rechtlicher Gewißheit beruhet, so ist die daraus sich ergebende weitere Folge, daß solches als ein feudum masculinum, nach gänzlichem Ausgange des Mannstammes, dem Erzstift eröffnet worden, den Lehnrechten vollkommen gemäß. Denn diese Folge beruhet 4) theils auf der Natur der auf Manns-Erben allein gerichteten Verleihung im Lehnscontract, als welche mit dem Abgang solcher Erben ihre Endschaft erreichet, theils auf den sich darauf gründenden gemeinen longobardischen und diesen hierin völlig gleichen teutschen Rechten, nach welchen das weibliche Geschlecht wegen der Unfähigkeit zu Kriegs- und andern Lehndiensten, durch welche ein Lehn verdient und vermannet werden müssen, der Lehen für unfähig erklärt worden, wohlfolglich eben so wenig bey noch stehendem Mann-Stamm, als nach dessen Ausgange zur Lehnsfolge in ein wahres Mannlehn gelangen können. Das longobardische Lehnrecht enthält hierüber die bekannten Lehnsverordnungen, quod proles feminini sexus vel ex feminino sexu descendens ad successionem feudi adspirare non possit, nisi eius sit conditionis feudum vel eo pacto acquisitum

8

9

II. F. 11. pr.

et quod vasallo sine mascula prole decedente feudum domino aperiatur

I. F. 13.
II. F. 35. 46.

welche bey einem feudo recto oder rechten Mannlehen so lange eintreten, als nicht ein pactum speciale vorhanden ist, durch welches das weibliche Geschlecht gegen die Natur und Eigenschaft der Lehne zur Lehnfolge zugelassen worden,

II. F. 2. in f.
II. F. 11.

feudi recti enim successio ita procedit, deficientibus virilis sexus heredibus, feudum caduci titulo committatur, nisi diserte filiarum successio in tabulis inuestiturae fuerit expressa,

Neostadius de feudi Holland. origine et successione cap. 3. n. 6. 7.
Voetius in digress. de feudis n. 5.

Diesem stimmen die alten teutschen Rechte in Ansehung der Ausschliessung des weiblichen Geschlechts von der Lehnsfolge bey: und wie die im 13ten Jahrhundert veranstalteten Sammlungen der sächsischen und fränkischen Lehns-Gewohnheiten

in iure feud. Sax. art. 2.
in iure feud. Alemann. art. 1. §. 4.

davon zeugen, und daß die Weiber des Lehn-Rechts darben müssen, namentlich anführen, so bestätigen auch die Urkunden des 14ten Jahrhunderts, in welches der vorange-

angeführte älteste Lehnbrief fällt, hierunter ein gleiches. In den Urkunden wird die Zulassung der Töchter zur Lehnfolge als eine von besonderer lehnherrlicher Bewilligung abhängende Sache angesehen, und davon kommt das besondere Exempel vor, daß als Kaiser Ludwig der Bayer die Töchter eines Herrn von Breuberg ins Lehn aufgenommen, er sie erst in Gemäßheit einer im Jahr 1317 ausgestellten Urkunde behuf der Lehnfolge für lehnfähig erklärt. Nos eciam prefatas puellas ad tenendum et possidendum in feodum bona predicta, postquam ad eas deuoluta fuerint, habiles, idoneas, et capaces fecimus et facimus

Ge. Christ. Ioannis in spicilegio tabular. p. 412.

Als Heinrich Abt zu Fulde im Jahr 1324 dem Grafen von Wertheim Rudolph und seiner Gemahlin Elisabeth Lehngüter verliehen, so sind ungeachtet der auf beyde gerichteten Belehnung, dennoch nur deren männliche Descendenten als lehnsfähig angesehen worden, quod si ipse cum eadem conthorali sua heredes feodorum capaces scilicet masculum aut masculos generauerit ipsa bona descendere debeant ad eosdem: sin vero iidem coniuges heredes huiusmodi non procreauerint, tunc nihil quippiam iuris, ipsa Elisabeth de huius vitae medio sublata, de iisdem feodis sibi competentibus habere volumus seu recognoscimus, nisi nos aut successores, qui pro tempore fuerint, de noua gracia sibi duxerimus eadem conferenda,

Ioannis in cit. spicilegio p. 420.

Wenn also nach den übereinstimmenden longobardischen und teutschen Rechten die Weibespersonen von den Lehnen überhaupt ausgeschlossen und die Lehne nach Abgang des Mannstammes dem Lehnherrn für eröffnet gehalten worden, so ist solchem die rechtliche Folge vollkommen gemäß, daß das weibliche Geschlecht in den zu rechten Mannleben verliehenen Gütern auch nach Abgang des Mannstammes von der Lehnsfolge für ausgeschlossen zu halten ist. Daher erklärt auch Friedrich van Sande die Lehnsformel *to rechten Mannlehen* pro feudo masculino, in quo filiarum atque ex filiabus descendentium nulla est successio

Sande de feudis Gelriae tract. II. cap. 1. §. 2. n. 2.

feudi enim *een regt Mann-Leen* ea est natura certissima, vt soli heredes masculi censeantur idonei,

Neostadius l. c. obs. 7. n. 13.

§. 11.

10 Noch stärker ist 2) die aus der Natur und Eigenschaft eines Mannlehens auf die gänzliche Ausschliessung des weiblichen Geschlechts gezogene rechtliche Folge durch die dem Erzstift Cölln ertheilten kaiserlichen Rechte begründet. Bereits 50 Jahr vor der von Erzbischof Walram ertheilten Belehnung ist von dem römischen König Albert im Jahr 1299 vor versammleten Reichs-Fürsten und Reichs-Ständen auf Antrag

trag des Erzbischofes zu Cölln Wiebold gerichtlich erkannt worden, quod nulla filia vel mulier possit in feudalibus succedere nisi de plenaria voluntate domini feudi et consensu

Thummermuth in tr. Krumbstab schleußt niemand aus, in annexis p. 33.

Kaiser Carl IV. hat auf gleiche Weise im Jahr 1372

ibid. p. 34.

darüber die ausführliche Bestätigung und Erklärung ertheilet, quod decedentibus vasallis, nobilibus, castrensibus et subditis quibuscunque, legitimis heredibus masculis de suis procreatis corporibus non relictis, quorum bona ab Archiepiscopo et ecclesia Coloniensi in feudum dependerunt, vniuersa et singula bona huiusmodi, etiamsi ciuitates, oppida, fortalitia vel castra sint, vel alias in quibuscunque possessionibus, reditibus, iuribus et bonis existant, ad dictum Archiepiscopum, qui est, vel pro tempore fuit, ac ad Coloniensem ecclesiam ipso facto deuoluta esse debeant; Wie nun solche auf den gemeinen Rechten gegründete kaiserliche Verleihungen durch die nachfolgenden Kaiser, Rudolph II: Maximilian I. und Leopold bestätiget worden: so ist selbst in dem zwischen Churfürsten Ferdinand und der Ritterschaft im Jahr 1659 getroffenen Vergleiche auch in Ansehung der innländischen Lehne hierin nichts abgeändert, vielmehr zu Folge der bisher ausgeführten Gründe festgestellet worden:

> daß diejenigen Lehen, deren tenor inuestiturae mit klaren Worten auf Mannlehen gerichtet, auch hinführo für rechte Mannlehen gehalten und die Töchter von deren Succession allerdings ausgeschlossen seyn und bleiben sollten, und wenn der a primo acquirente herkommende Mannstamm ausstirbt, alsdann Ihro Churfürstl. Durchl. und deren successores gute Macht und Fug haben sollen alle solche Lehen wieder einzuziehen.

§. 12.

Wenn gleich der Ausdruck eines Mannlehns zuweilen in einem allgemeinern Verstande in verschiedenen Lehn-Briefen gebraucht wird, so muß dennoch solche Bedeutung jedesmal durch besondere in den Lehn-Briefen vorkommende Gründe unterstützt werden, dergleichen gleichwohl in dem gegenwärtigen Falle ermangeln. Da die Erbgenahmen von Arnds in den Acten eingeräumt haben, daß so lange der Manns-Stamm von Arnds gestanden, das Lehn-Gut Katzdorf nicht auf das weibliche Geschlecht fallen können: so ist dadurch die strenge und eigentliche Bedeutung eines rechten Mannlehns begründet: und wie die Erörterung dessen, ob dem weiblichen Geschlechte auf dem Ausgange des Manns-Stammes per speciale pactum prospiciret worden sey, bey der folgenden Frage vorkömmt; so erhellet aus diesem allem

II

> daß das Lehn-Gut Katzdorf für ein wahres Mannlehn zu halten, und daher die Chur-Cöllnische Hof-Cammer nach gänzlichem Ausgange des Manns-Stammes der von Arnds fundatam intentionem für sich hat, solches für eröffnet und dem Erz-Stift für heimgefallen zu erklären.

§. 13.

III. Die Erörterung der

Dritten Frage:

12 Ob nemlich die den ältern Lehnbriefen einverleibte und oben §. 2. angezogene Clausel ein pactum adiectum in sich hält, daß das Lehn Katzdorf nach Abgang des Mannsstammes an die weiblichen Nachkommen der von Arnds fallen solle?

beruhet vornemlich auf der Auslegung gedachter in dunkeln Ausdrücken abgefaßten Clausel der ältern Lehnbriefe. Wie nun die Erbgenahmen von Arnds solche von einer lehnherrlichen Zusage, die rechten Erben des Vasallen ohne Unterschied, ob sie vom männlichen oder weiblichen Geschlecht seyen, von der Lehnfolge in dem Lehn nie auszuschliessen, auszulegen gesucht: so dürfte ihnen hierunter zu statten kommen, daß 1) der in dem Lehnbriefe enthaltene Ausdruck mit diesen Vorwarden unstreitig auf ein Geding oder Abrede hindeute, daß 2) der rechten Erben beyderley Geschlechts Erwähnung geschehen, da dann die in dem mit der cöllnischen Ritterschaft geschlossenen Vergleiche vom Jahr 1659 festgestellte Regel, daß wenn die Investitur von beyderley Geschlecht, Manns- und Weibspersonen Meldung thue, die Töchter oder Weibspersonen zur Succeßion in den Lehnen ohne Weigerung zugelassen werden sollen, in rechtlichen Betracht kommen müsse; daß ferner 3) das Wort enterben eben so viel andeute als von dem Lehn ausschliessen, und der Ausdruck der Ersterfnüß wegen auf einen Sterbe-Fall abzuzielen, mithin anzudeuten scheine, daß bey vorkommenden Sterbe-Fällen keiner von den männlichen und weiblichen Erben des Vasallen von dem Lehn und von der Lehn-Folge ausgeschlossen werden solle, und wenn gleich sonst 4) eine Zusage, die Erben des Vasallen auf den Lehns-Anfall nicht auszuschliessen, ungewöhnlich zu seyn pflege, solche doch dem Lehnbriefe in der Hinsicht einverleibet seyn dürfte, um dem Lehns-Herrn bey der Zusage, die Vasallen der Ersterfnüß wegen nicht zu enterben, den casum feloniae vorzubehalten. Nach dieser Auslegung behaupten die Erbgenahmen von Arnds, daß das Lehngut Katzdorf unter diesem pacto speciali verliehen sey, daß nach Abgang des Mannsstammes das weibliche Geschlecht die Lehnfolge daran erlangen solle.

§. 14.

13 Jedoch da die Rechte verordnen, bey der Auslegung der Verträge auf dasjenige zu sehen, quod inprimis actum est inter paciscentes

L. 34. D. de reg. iur.

und solches sich aus dem Zusammenhange der Verträge, und aus der daraus sich ergebenden Absicht der Paciscenten am richtigsten beurtheilen läßt, siquidem omnis promissio, iuxta finem ad quem destinata est, regi et accipi debet:

Mevius P. 8. dec. 33. n. 8.

so ist auch bey der in Frage stehenden Abrede deren Zusammenhang mit dem übrigen Inhalt des Lehnbriefes zum Grund zu legen, und nicht minder aus ähnlichen Verträgen

gen der Lehnbriefe älterer Zeiten eine Hülfe der Auslegung bey einer dunkeln und ungewöhnlichen Stelle eines Lehnbriefes zu nehmen.

Der Inhalt des ganzen Lehnbriefes vom J. 1339 mit welchem der von dem belehnten Werner von Arnds in eben dem Jahre ausgestellte Revers-Brief übereinstimmet, beruhet in folgenden Hauptpuncten, 1) in der ertheilten Verleihung des Lehnguts Katzdorf zu wahrem Mannlehn 2) in dem dem Erzstift vorbehaltenen Oeffnungsrechte an der verliehenen Burg in den Worten

> wir haben uns aber unsern Nachkommen und Stift fürbehalten die Oeffnung an und uff der gedachten Burgh also daß wir derselben Burgh als unsers offenen Huiß gebruchen und uns darinne und daraus zu unsern Nöden behelffen mügen widder allermänniglich niemands uß geschieden, wann und wie dick wir der bedörffen

und wie 3) dieser Vorbehalt unter der Bedingung geschehen,

> doch mit diesem Vorwarden daß wir unser Nachkommen noch Stift den genannten Werner von Arnds und seine rechte Erben, die seynd Manns oder Weibes Kume, von denen vorgenannten Lehen nit enterben wollen noch sullen von Ersterfnüs wegen,

so wird dagegen 4) die in Absicht der vorbehaltenen Oeffnungs-Gerechtigkeit erwachsende Verbindlichkeit des Vasallen dahin ausgedrückt

> und hat auch genannter von Arnds für sich und seine Erben zugesaget und gelovet, uf derselben Borgh zu Katzdorf sunder alle Widerrede uff und abe zu lassen, und davon zu behelffen, als von unsern offenen Huiße so dick uns des Noit geschicht wieder allermanniglich,

Aus diesem Inhalte und Zusammenhange des Lehnbriefes kann daher anders nicht geurtheilet werden; als daß die n. 3. bemerkte Bedingung, oder Vorwarden bloß allein eine bey dem vorbehaltenen Oeffnungs-Recht bedungene Abrede ausmacht, hergegen läßt sich weder in den Worten noch in dem Zusammenhange des Lehnbriefes ein Grund finden, daß die vorher n. 1. zu wahrem Mannlehen geschehene Verleihung des Lehnguts Katzdorf durch solche Abrede habe geändert und eingeschränket werden sollen.

§. 15.

Wie nun aus der Geschichte des vierzehenten Jahrhunderts bekannt ist, daß in den damahligen Zeiten ein großer Theil der Sicherheit in dem Oeffnungs-Recht an Schlössern und Burgen, um darin sich zu schützen oder zu vertheidigen, gesetzt worden 14

> *Ahasv. Fritsch* de iure aperturae cap. 1.
> *Phil. Datt* de pace publ lib. 1. c. 21. n. 23.

auch davon die Lebensgeschichte des Erzbischofs Balduin zu Trier bey

> *Steph. Baluzium* in tomo 1. miscellaneorum p. 129. 139. 143. sq.

schon allein ein gutes Zeugniß abgibt: so haben hinwiederum die Vasallen denen ein feudum aperibile verliehen worden, bey der auf ihren Schlössern dem Lehnherrn zugestan-

standenen Vertheidigung sich durch die Abrede zu decken gesuchet, daß der Gebrauch des Oeffnungs-Rechtes zum Nachtheil und Schaden des Lehns nicht gereichen solle, dergleichen sie sonst aus der Besetzung des Schlosses, aus dem darin von dem Lehnherrn zu suchenden Schutz und Vertheidigung und aus andern nach Art und Eigenschaft der Kriegsläuffe erwachsenden Vorfällen besorgen könnten wie die in

Buderi amoenitat. iur. feud. art. 11. p. 71. et eiusdem obseruat. iuris feud. p. 80.

befindlichen Exempel zeigen. Und daher heißt es in der Urkunde des Erzbischofs Diether zu Trier vom Jahr 1303 in

Nic. de Hontheim historia diplomat. Treuirensi tom. II. p. 20.

castrum — pro defensione ecclesiae nostrae, si necesse fuerit, nobis aperietur, saluo tamen castro praedicto et sine periculo eiusdem castri.

Insbesondere haben solche Vasallen sich zu versichern gesucht, daß, indem sie ihr Lehn-Schloß dem Lehnherrn um sich daraus zu behelfen und zu vertheidigen, eingeräumet, und demselben darin die Besatzung zugestanden, sie unter solchen Vorfällen nicht selbst des Besitzes ihres Lehns entsetzet werden mögten.

15 Nach dem Sprach-Gebrauche der alten Zeiten wird eine solche Entsetzung des Lehnsbesitzes exheredatio genannt: wie davon unter andern der in einer von Conrad Erzbischof zu Cölln im Jahr 1242 ausgestellten schiedsrichterlichen Urkunde vorkommende Ausdruck zeuget

castra supra dicta in feodo recipientes, vt ipsi et eorum heredes propinquiores exheredari non valeant de iisdem.

de Gudenus in codice diplom. tom. I. p. 571.

nicht minder solcher Ausdruck in der Urkunde des Erzbischofs Engelbert zu Cölln vom Jahr 1366.

in der im J. 1738 edirten Sammlung der Tractate: Krumbstab schleußt niemand aus: inter documenta n. 99. p. 79.

von dem Fall gebraucht wird, da Hermann von Gudenaw, weil er seine Lehne zu Gunsten Philipps refutiret, aus dem Besitz des Lehns gesetzet und Philipp in die Lehne eingewiesen werden sollte, wobey es heißt: quod ipsum Hermannum exheredare et Philippum hereditare et inuestire possemus de iisdem feudis. In solchem Verstande wird das Wort exheredare oder enterben in einigen bey dem Oeffnungs-Recht bedungenen Verabredungen gebraucht, worin ein Vasall gegen eine Lehns-Entsetzung, als eine Folge der Fehde und Kriegesläufe, sich zu versichern gesucht. Und davon gibt eine Urkunde vom Jahr 1152 ein deutliches Exempel, worin Erzbischof Hillinus zu Trier dem Grafen von Sayn das Schloß Sayn als ein offenes Schloß verliehen mit dieser Bedingung: quod si nos guerram cum aliquo habere contingeret, contra quem nobis adiutorium praestare non possent, de castro exire et eius potestatem *absque eorum* ex-

exheredatione nobis dare debent, ita quod finita guerra ad castrum, tamquam ad suum feodum redeant

Nic. de Hontheim in hist. dipl. Trev. tom. I. p. 569.

In einer ähnlichen Urkunde des Erzbischofs Hillinus vom Jahr 1158 wird das castrum Nassowe unter gleichbedeutenden allgemeinen Ausdrücken verliehen, vt omni tempore, omnibus in necessitatibus nostris contra omnes homines nobis et successoribus nostris idem castrum libere et absque alicuius contradictione, *ita tamen quod de feodo suo nihil amitterent*, pateret.

de Hontheim l. c. p. 587.

Da nun im gegenwärtigen Falle der Erzbischof Walram in dem Lehnbriefe vom Jahr 1339 das Oeffnungsrecht an dem Schloß Katzdorf unter diesem Vorwarden vorbehalten zu haben sich erkläret,

> daß wir, unser Nachkommen noch Stift den genannten Werner von Arends und seine rechte Erben, die seynd Manns- oder Weibskunne, vom vorgenannten Lehn nit enterben wollen von Ersterfnüs wegen:

So bleibet keinem Zweifel unterworfen, daß 1) der Ausdruck, von dem Lehn enterben, in einer völlig gleichen Bedeutung, wie das Wort *exheredare de feudo* in vorangeführten Urkunden gebrauchet worden, mithin 2) der Verstand dieser Abrede dahin gegangen sey, daß das Oeffnungsrecht dem Vasallen unschädlich bleiben, und derselbe so wenig als seine rechten Erben beyderley Geschlechts bey Gelegenheit,

> da der Lehnherr sich des Schlosses als eines offenen Hauses gebrauchen, und daraus zu seinen Nöthen sich wieder männiglich behelfen würde,

des Besitzes dieses Schlosses entsetzet werden sollten: so wie dagegen 3) der belehnte Vasall hinwiederum dem Lehnherrn zugesaget und gelobet

> auf derselben Burgh Katzdorf sunder alle Wiederrede uff und abe zu lassen und davon zu behelffen als von desselben offenen Hause so offte das Noth geschiehet wieder allmänniglich.

Um auch ferner den Verstand der beygefügten Worte

> von Ersterfnüß wegen,

zu erörtern, so kommt hiebey ebenfalls in Betracht, daß solche in Verbindung dessen, was in dem Lehnbriefe von der bedungenen Oeffnung und Besetzung des Schlosses und der daraus zu nehmenden Vertheidigung angeführt ist, angebracht worden, mithin daß solche sich auf die Kriegs-Noth und Vorfälle beziehen. Wie nun das Wort Ersterfnüß nicht sowohl von sterben mori, sondern von sterben, necare, herzuleiten, und daher auch necem, cladem eine Niederlage andeutet,

> *Sterben* enim idem denotat ac interficere, facere vt moriatur, caedere, occidere, et Stoerffa idem est ac caedes, clades. Notkerus Psal. 39. 15. *die mina sela suchent, das sie sie ersterben*, qui animam meam quaerunt, vt eam interficiant

Io. Ge. Wachter in glossario German. p. 1601.

So ergibt sich daraus eine dem Zusammenhang des Lehnbriefes gemäße Bedeutung, daß solche Worte eben so viel als

einer Niederlage wegen

ausdrücken, und solchemnach der Verstand der angeführten Worte darin besteht, daß der belehnte Vasall des zum Behelf des Lehnherrn eingeräumten Schlosses einer vorgefallenen Niederlage wegen, nicht entsetzt werden solle, weil unglückliche Kriegsvorfälle den Verlust des geöffneten Schlosses leicht veranlassen konnten: so haben die Vasallen dagegen sich oft mit der Abrede geschützt, daß der Lehnherr keine Richtung oder Sühne anders eingehen solle, es wäre dann das Lehn ihnen wieder eingegeben

Lünig im Reichsarchiv spicileg. secul. P. 2. p. 1032.
Datt de pace publ. lib. 2. c. 34. n. 59. p. 491.

und nach einer vom Landgrafen Philipp von Hessen an den Grafen von Diepholz ertheilten Urkunde vom Jahr 1521 in

Buderi amoenitatib. iur. feudal. p. 78.

ist ausbedungen worden,

wenn wir obgemeldtes Schloß mit der Oeffnung gebrauchen, und denn solches Schloß unser Vehde und Krieges halben verlohren und uns abgenommen würde, so sollen wir mit denjenigen, die solches genommen hätten, nicht sühnen noch frieden, derselbe unser Neve von Diepholz oder seine Erben wären dann wiederum dazu kommen, mit das auch zu ihren Händen bracht.

§. 16.

17 Wie nun diese Auslegung auf dem Zusammenhang des Lehnbriefes, auf dem darin vorbehaltenen iure aperturae, und auf den Umständen der Zeit, da dieses Lehn zuerst gereicht worden, gegründet ist; so kommt es hergegen bey Beurtheilung der nach der Meinung der Erbgenahmen von Arends im §. 13. angeführten Erklärung darauf insonderheit an, ob daraus ein hinlänglicher Beweis eines pacti specialis, kraft dessen das weibliche Geschlecht der von Arends nach Abgang des Mannsstammes von der Lehnfolge nicht ausgeschlossen werden sollen, geführet werden könne. Denn da dem weiblichen Geschlechte so wohl nach gemeinen Lehnrechten als nach Art und Eigenschaft eines wahren Mannlehens keine Lehnfolge zustehet: so erfordern die Rechte zu deren Erlangung ein pactum speciale um so mehr, als durch dieses den Rechten und der Natur eines Mannlehens derogiret werden soll, und legen deshalb dem weiblichen Geschlecht den Beweis auf, daß es kraft eines pacti specialis zur Lehnfolge zugelassen werden sollen Hoc videlicet notandum est, quod licet filiae, vt masculi, patribus (in allodio scilicet,) succedant: legibus tamen a successione feudi remouentur, similiter et earum filii, nisi specialiter dictum fuerit, vt ad eas pertineat.

I. F. 1. §. 3.

Item

Item si vasallus per pactum speciale contra feudi consuetudinem seu naturam allegat, veluti de filiarum successione liceat ei tenorem, si potest, sicut inuestituram probare.

II. F. 2. §. 2.

§. 17.

Diesen Beweis suchen die Erbgenahmen von Arends aus den streitigen Worten 18 des Lehnbriefes,

> den genannten von Arends und seine rechte Erben, die seynd Manns- oder Weibs-Kunnen von den vorgenannten Lehn nit enterben wollen noch sollen von Ersterfnüß wegen,

dahin zu führen, daß in selbigen ein pactum speciale ausgedrückt sey, daß weder männliche noch weibliche Erben von der Lehnfolge in dem Lehn Katzdorf ausgeschlossen werden sollen. Es sind immittelst die gedachten Worte 1) weder von einer Lehnfolge noch von einem Sterbe- oder Lehns-Anfalle zu verstehen. Die voranngeführten Worte des ersten und aller übrigen Lehnbriefe sind auf den belehnten Vasallen und neben ihm auf seine rechten Erben gestellet. So wenig aber von einer Lehnfolge oder von einem Sterbe-Falle, mittelst dessen den Vasallen das Lehn anfallen könnte, in der Person des durch den Lehnbrief bereits belehnten Vasallen nur eine Frage erwachsen kann: so wenig kann die so genannte Enterbung vom Lehn von Ersterfnüß wegen von einer Ausschliessung des belehnten Vasallen von der Lehnfolge in einem Lehns- oder Successions-Falle verstanden, folglich diese in seiner Person unstatthafte Erklärung auch bey dessen Erben nicht angenommen werden. Dieses bestätiget die gemeine Regel der Auslegung, daß ein Prädicat, welches zwey Subjecten beygeleget wird, in keinem Verstande genommen werden kann, welcher dem einen Subjecte und besonders dem subiecto principali nicht gemäß vielmehr in Ansehung desselben gänzlich unschicklich ist. Da vielmehr die Lehnbriefe des Vasallen selbst unter dessen mit vollem Namen geschehener Benennung und seiner Erben Meldung thun: so kann unter gedachter Zusage keine andere Nicht-Enterbung vom Lehn, als welche den Vasallen selbst treffen können, gemeinet seyn, und diese daher von keiner andern Art der Entsetzung des Besitzes vom Lehne verstanden werden, als welche vorangeführter maßen aus den Folgen des Oeffnungs-Rechts und aus der zum Behelf oder Vertheidigung erfolgten Besetzung der Burg nach den Kriegsläufen für ihn und für alle seine Erben besorget werden mögen. Diesemnach kann durch die gedachte Clausel des Lehnbriefs kein Beweis einer darin dem weiblichen Geschlechte der von Arends zugesagten Lehnfolge geführt werden.

§. 18.

Indem ferner 2) diese Clausel unter der Art und Eigenschaft eines Vorwardens 19 oder abgeredeten modi in den Worten

> doch mit diesem Vorwarden,

abgefaßt worden, und dabey aus dem Lehnbriefe offenbar erhellet, daß die Gerecht-

 same

same so durch dieses Vorwarden eingeschränkt werden sollen, lediglich das von dem Lehnherrn vorbehaltene Oeffnungsrecht an dem Lehn betrifft: so kann, wenn anders eine Auslegung ex materia substrata zu nehmen ist, dieses zur Bestimmung des Oeffnungs-Rechts angeführte Vorwarden auf eine der Sache gemäße Weise nicht von der Lehnfolge am Lehn erkläret werden, so wenig diese mit dem Oeffnungs-Recht in einer Verbindung steht, oder bey diesem eine Einschränkung abgeben kann. Dahergegen ist eine auf die Folgen des Oeffnungs-Rechts gestellte Auslegung dieser Clausel für eine der dadurch einzuschränkenden Gerechtsame angemessene Erklärung zu halten.

§. 19.

20 Wenn ferner 3) dunkle Stellen eines Lehnbriefes nach den darin enthaltenen deutlichen Grundsätzen und nach der in diesen ausgedrückten Absicht des Verleihers auszulegen sind, so ergibt im gegenwärtigen Falle der pars dispositiua des Lehnbriefes und der tenor inuestiturae ganz deutlich daß das Lehn Katzdorf zu wahrem Mannlehn verliehen und daß eine das weibliche Geschlecht von dem Lehn ausschliessende Eigenschaft desselben bestimmt worden, hergegen betrifft der Absatz des Lehnbriefs, worin die in Streit gezogene Clausel enthalten ist, bloß allein das vorbehaltene lehnherrliche Oeffnungs-Recht. Diesem zu Folge kann bey dieser dunkeln Clausel keine mit den in parte dispositiua des Lehnbriefes bestimmten Grundsätzen und mit dem tenore inuestiturae streitende Auslegung statt haben, und es kann dasjenige was in einem ganz besondern Absatze des Lehnbriefes mithin in re alia angeführet ist, zur Einschränkung der vorher ertheilten uneingeschränkten Verleihung des Lehns zu einem wahren Mannlehen nicht ausgedehnet werden: cum ante omnia animaduertendum sit, ne conventio in alia re facta, in alia re noceat

L. 27. §. 4. in f. D. de pactis.

Tenent enim interpretes vnanimiter, quod clausula, in fine posita, non trahatur ad aliud capitulum in quo facta est specialis prouisio

Io. Fichardus Consil. vol. 1. cons. 27. n. 4.

maxime si praecedentia essent contraria clausulae finali

Fichardus l. c. n. 5.

Diesem tritt hinzu, daß wenn gedachte Clausel von einer zu unterlassenden Ausschliessung des weiblichen Geschlechts von der Lehnfolge sollte ausgelegt werden, daben nach der Lehre, quod priuatio habitum supponat, aus dem Lehnbriefe müßte vorausgesetzet werden können, daß dem weiblichen Geschlecht die Lehnfolge in diesem Mannlehn pacto speciali verliehen worden sey, und daß diese Clausel bloß als eine Bestätigung dieses auf einem pacto speciali beruhenden Rechts, und daß das weibliche Geschlecht dessen nicht entsetzet werden sollte, anzusehen sey; gleichwohl erhärtet der ganze Inhalt des Lehnbriefs daß das qu. Lehn zu wahrem Mannlehn auf eine uneingeschränkte Weise verliehen worden, und es ermangele an einem dergleichen pacto speciali was folglich als eine Hypothese zum vorausgesetzet werden müßte.

§. 20.

§. 20.

Dieser Grundsatz daß die Eigenschaft eines Lehns blos aus dem tenore inuestiturae zu beurtheilen sey, ist auch 4) in dem Chur-Cöllnischen Vergleiche vom Jahr 1659 sehr deutlich dahin bestimmt worden:

> daß diejenigen Lehen, worin tenor inuestiturae mit klaren Worten auf Mannlehen gerichtet, auch hinführo für rechte Mannlehen gehalten, und die Töchter von deren Succession allerdings ausgeschlossen seyn und bleiben,

und daß hergegen diejenigen Lehen

> wo die Investitur von beyderley Geschlecht, Manns- und Weibspersonen ausdrücklich Meldung thut, die Töchter oder Weibspersonen zur Succession der Lehen ohne einige Weigerung zugelassen und verstattet werden sollen.

wie nun im gegenwärtigen Falle tenor inuestiturae mit klaren Worten eine Verleihung zu wahrem Mannlehn enthält: so ist hergegen dabey mit keinem Wort des weiblichen Geschlechts einige Meldung geschehen. Wenn folglich auch der Chur-Cöllnische Vergleich vom Jahr 1659 nach der Meinung der Erbgenahmen von Arends zum Grund der Entscheidung liegen könnte, da er hierin nur einen auf gemeinen Rechten beruhenden Grundsatz aufstellet, so ist das weibliche Geschlecht zur Succession in diesem zu wahrem Mannlehen verliehenen Lehngut für berechtigt nicht zu halten. Daß aber in dem Absatz des Lehnbriefs welcher das Oeffnungs-Recht betrifft, der rechten oder ehelichen Erben männlichen und weiblichen Geschlechts Meldung geschehen, und daß diese bey Gelegenheit des iuris aperturae so wenig als der belehnte Vasall selbst aus dem Besitz des Lehns gesetzet werden sollen, solches kann dem weiblichen Geschlecht ein Recht zur Lehnfolge eben so wenig geben, als in dem Fall, daß solche Formel zugleich auf die Lehns-Verweser und daß der Vasall eben so wenig wie seine Officianten aus dem Besitz des Lehns gesetzet werden sollten, darin ausbedungen wäre diesen ein Recht an der Lehnfolge zustehen würde. Ob nun zwar diejenige Benennung des weiblichen Geschlechts, welche bey der Investitur und Lehnsverleihung geschiehet, die Gesinnung des Lehnherrn ausdrückt, diesem die Lehnfolge an dem Lehn zu geben: so enthält dennoch eine jede ausserhalb den Worten der Investitur in den Lehnbriefen vorkommende Meldung desselben keinen rechtlichen Grund, um daraus auf eine verliehene Lehnfolge zu schließen und ist vielmehr vornemlich darauf zu sehen, in welcher Absicht der Erben weiblichen Geschlechts Meldung geschehen, als welchen ausser dem mit dem Lehn verknüpften allodio noch andere Gerechtigkeiten an dem Lehn zustehen können, derenthalben es sie interessiren kann, aus dem Besitz des Lehns nicht entsetzet und in dem Maasse enterbt zu werden. Diesem allem zu Folge ist mit Grund zu behaupten,

> daß die in den ältern Lehnbriefen einverleibte und oben §. 3. angezogene Clausel ein solches pactum adiectum nicht in sich halte, kraft dessen das Lehn Katzdorf nach Abgang des Mannsstammes an das weibliche Geschlecht der von Arends fallen solle.

§. 21.

22 Weil nun überdem in Ansehung dieser Clausel in den neuern Lehnbriefen die Veränderung erfolgt ist, daß in den seit dem Jahr 1714 ausgefertigten Lehnbriefen der ganze Absatz, welcher das Oeffnungs-Recht betrifft, ausgelassen und Bernhard Wilhelm im besagten Jahre und nach ihm seine Descendenten mit der Burg Katzdorf zu wahrem Mannlehn schlechterdings beliehen auch bey den im Jahr 1725, 1735 und 1763 erneuerten Belehnungen ein gleiches beobachtet worden so ist IV) annoch zu erörtern übrig

Ob diese unter Weglassung gedachter Clausel in den Lehnbriefen geschehene Veränderung für rechtsbeständig zu achten und auch dieserwegen und ohne Betrachtung dessen, was für eine Auslegung vorgedachte Clausel leiden könne, die Lehnfolge in Katzdorf dem weiblichen Geschlechte der von Arends nach Abgang des Mannsstammes nicht zustehe.

§. 22.

Nun haben zwar die Erbgenahmen von Arends zu behaupten gesuchet, daß wie 1) der erste Lehnbrief den Grund aller Belehnung enthalte, so auch bey einer in jüngern Lehnbriefen erfolgten Veränderung, so fern eine deshalb genommene Abrede nicht erweislich zu machen stehe, die Vermuthung, daß sie aus Irrthum geschehen sey, angenommen werden müsse, und daß deshalb die ältern Lehnbriefe den jüngern vorzuziehen seyen, wie solcher Vorzug von

Siegel in tr. de literis inuestitur. c. 4.

vertheidiget worden,

Daß ferner 2) bey der im gegenwärtigen Falle vorkommenden Veränderung in Betracht zu ziehen, daß diese wenigstens ohne Einwilligung des weiblichen Geschlechts der von Arends geschehen, diesem auch ein Recht zur Lehnfolge ehe nicht als nach Abgang des Mannsstammes erwachsen und so wohl deshalb, als weil Bernhard Wilhelm von Arends ein ihnen ex prouidentia maiorum gebührendes Recht auch mit lehnherrlicher Einwilligung nicht entziehen können, solche Veränderung zu dessen Nachtheil nicht angezogen werden könne; und daß überdem 3) in dem im Jahr 1659 eingegangenen Chur-Cöllnischen Vergleiche versehen worden, daß niemand sein Lehn zu Mann- oder neuem Lehn zum Nachtheil der a stipite acquirente herrührenden Agnaten und Cognaten und ihres daran habenden iuris quaesiti zu machen und aufzutragen befugt seyn solle.

§. 23.

23 Allein wenn zuvörderst diese Veränderung genau und nach dem wahren Sinn der Lehnbriefe betrachtet wird; so ist in demjenigen, was den eigentlichen Inhalt und die Eigenschaft der Investitur und die in den ältern und neuern Lehnbriefen befindliche Verleihung des Lehnguts Katzdorf zu wahrem Mannlehn betrifft, keine Veränderung in dem Lehnbriefe erfolgt, sondern es findet sich diese nur in demjenigen Absatz des Lehnbriefes, worin theils der Lehnherr die Oeffnung an und auf der Burg, um sol-

cher

cher als eines offenen Hauses sich zu gebrauchen und in allen Nöthen daraus sich zu behelfen, sich und dem Erzstifte vorbehalten, theils dabey dem Vasallen und dessen Erben die Versicherung wegen der Nicht-Enterbung oder Entsetzung aus dem Besitz des Lehnes ertheilet, und worin der Vasall dagegen die Pflicht übernommen, den Lehnherrn in die Burg auf und abzulassen, und solche zu dessen Beheif als ein offen Haus gegen jedermann zu verstatten. Wie dieses alles vorzüglich die lehnherrlichen Gerechtsame und die damit verknüpften Pflichten des Vasallen betroffen, so haben durch Auslassung dieser Puncte aus dem Lehnbriefe die Vasallen um so weniger etwas verlohren, als auch dadurch zugleich die lehnherrliche Versicherung, sie bey Gelegenheit der in Ausübung gezogenen Oeffnungsgerechtigkeit des Besitzes am Lehn nicht zu entsetzen, überflüssig geworden. Folglich ist die Weglassung alles dessen aus den Lehnbriefen, wenn dessen wahrer Verstand dabey zum Grund geleget wird, als eine in allem Betracht den Vasallen unschädliche Veränderung anzusehen.

§. 24.

Wie ferner II) eine Veränderung in Lehnbriefen unter Einwilligung des Lehnherrn und der Vasallen auf rechtsbeständige Weise geschehen kann, und ein pactum tacitum dabey mit einem pacto expresso gleiche Kraft hat, 24

> von Cramer in den Wetzlarischen Nebenstunden Th. 4. Abh. 8. §. 2. f.
> *Henricus Brockes* de fide recentiorum literarum inuestiturae antiquis maiore §. 30. 31. 32. in obseruationibus forensib. obs. VII. p. 42.

so ist auch daraus in dem gegenwärtigen Falle der Rechtsbestand der Abänderung der Lehnbriefe zu beurtheilen, da folgende ex facto sich ergebende Gründe so wohl die anerkannte Bewilligung des Lehnhofes, als auch die in Zweifel gestellte Einwilligung der Vasallen ziemlich klar zu Tage legen, da nemlich 1) diese Veränderung vornemlich lehnherrliche Gerechtsame betroffen und deshalb dazu im Jahr 1714 annoch sede impedita unter der Regierung des Domcapitels geschehen, so ist schon an sich den Rechten nach zu vermuthen, daß dazu erhebliche Gründe, welche die Beschaffenheit der fast gänzlich demolirten Burg Katzdorf und selbst die veränderten Zeitläufe veranlasset, eingetreten, die Vasallen darüber gehöret, und nach erfolgter causae cognitione diese Abänderung unternommen worden, weil theils eine Innovation lehnherrlicher Rechte eines Erzstifts dergleichen Erörterung erfordert, theils auch diese Abänderung in einer Zeit von 40 Jahren ohne einigen Widerspruch verblieben ist, ex longissimi vero temporis lapsu omnia solennia in negotio cum ecclesia habito interuenisse praesumuntur,

> *Menochius* lib. 1. cons. 90. n. 30. sq.
> *Gail* lib. 2. obs. 71. n. 7.

Es ist ferner 2) diese in dem Lehnbriefe gemachte Veränderung gleich bey dem ersten Anblicke desselben so merklich und in die Augen fallend, daß sie dem Vasallen Bernhard Wilhelm von Arends, bey dessen Belehnung sie zuerst erfolgt, unmöglich verborgen bleiben können, mithin bey ihm ein Irrthum oder eine Unwissenheit sich

so

so wenig vermuthen läßt, als wenig man nach vernünftigen Gründen vermuthen kann, daß er die Befreyung vom Oeffnungsrecht, welches bisher auf dem Lehn gelegen, nicht willigst angenommen haben sollte.

Da hiernächst gedachter Bernhard Wilhelm von Arends auf Absterben des Churfürsten Joseph Clemens von Cölln die Belehnung im Jahr 1725 erneuert, und bey dieser Lehns-Erneuerung zufolge der nach dasiger Lehns-Observanz ihm obgelegenen Pflicht sowohl den ältern Lehnbrief als den von ihm erhaltenen jüngern Lehnbrief vom Jahr 1714 bey dem Lehnhofe producirt, darauf auch den im gedachten Jahre 1725 unter einer gleichmässigen Veränderung ausgestellten Lehnbrief ohne einige Widerrede empfangen und angenommen, so liegt auch darin eine auf eine thätige Weise bewilligte Genehmigung die an und für sich einer ausdrücklich bewilligten Veränderung der Lehnbriefe gleich zu setzen ist: si enim vasallus postea ratam habuerit mutationem vel innouationem inuestiturae, haec rata est,

Schrader tract. feud. P. V. c. 7. n. 41.

ratihabitio enim retrotrahitur et consensui aequiparatur

Rosenthal de feud. cap. 6. concl. 69. n. 22. in not.

Es hat nicht weniger 4) der Sohn des gedachten Bernhard Wilhelm, Franz Bernhard von Arends so wohl bey dem im Jahr 1735 ihn betroffenen Lehns-Anfall, als auch hinwiederum nach tödtlichen Hintritt des Lehnherrn, Churfürsten Clemens August im Jahr 1763 unter gleicher Veränderung den Lehnbrief empfangen; mithin ist dieselbe unter vier unterschiedenen Belehnungen in einer Zeit von 40 Jahren beständig genehmiget worden,

Wie nun 5) niemand in Zweifel ziehet, daß eine Veränderung der Lehnbriefe unter Genehmigung des Lehnherrn und der Vasallen geschehen könne: so enthält nicht minder eine solche wissentlich unternommene Handlung wie die Annahme eines Lehnbriefes ist, welcher eine so merkliche Veränderung in sich faßt, den Beweis einer erfolgten Einwilligung, zumahl wenn solches, wie hier der Fall eintritt, bey einer so merklichen Veränderung bey verschiedenen Belehnungen wiederholet worden, wenn auch gleich nach Ablauf so vieler Jahre es unbekannt bleibt, was zu einer solchen Veränderung Anlaß gegeben hat, namque clari iuris est, quod vasallus eo ipso, quod recipit literas inuestiturae, intelligitur consentire omnibus et approbare omnia illa, quae in litteris inuestiturae continentur.

Ludolph. Schrader vol. 1. consil. 3. n. 494.

et voluntas contrahentium, deliberato animo declarata, magis apparet si per aliquot investiturae actus immutatio, a primis inuestiturae tabulis recedens sit repetita: cum ex actu iterato certa scientia et seria voluntas colligatur. Inde maiores fides gradus capiunt recentiores literae inuestiturae, si plures feudi recognitiones praeter modum in primis inuestiturae tabulis expressum, fuerint factae

Henr. Brockes l. c. §. 31.

So

So gesetzmässig auch sonst 6) jedesmahl vermuthet wird, daß alle Handlungen mit gutem Vorbedacht geschehen, und daher derjenige welcher durch einen Irrthum verleitet zu seyn vorgibt, solchen erweisen muß:

L. 4. C. de iur. et facti ignor.
Menochius de praesumt. lib. 6. praes. 22.

so gegründet ist das Urtheil des Vice-Canzlers Struben

in den rechtlichen Bedenken Th. 1. Bed. 137.

daß nicht abzusehen sey, wie allein bey der Belehnung und den darüber ausgestellten Lehnbriefen ein anderes behauptet werden könne: zumahl wenn, wie im gegenwärtigen Falle, bey einer so merklichen Veränderung, und bey der Lehnspflicht eines Vasallen, bey jeder Belehnung den ältesten und jüngsten Lehnbrief zu produciren, und bey so verschiedenen auf gleiche Weise wiederholten Handlungen, eine auf eine thätige Weise bewilligte Veränderung der Lehnbriefe sich offenbart. Wenn auch bey geringen und nicht merklichen Veränderungen eines Lehnbriefes eine praesumtio pro errore scribentis obwalten mag: so wird dennoch eine solche Vermuthung, aus Gründen, welche einen tacitum consensum domini et vasalli vermuthen lassen entkräftet und erlediget

von Cramer in den Wetzlarischen Nebenstunden Th. 4. Abh. 8. §. 1. 2.

§. 25.

Wenn nun nach diesen Gründen die im Jahr 1714 erfolgte Veränderung der Lehnbriefe des Bernhard Wilhelm und dessen Sohnes Franz Bernhard von Arends als der einzigen und letzten zu dem Mannsstamm dieses Geschlechts gehörigen Vasallen für rechtsbeständig zu halten: so bestehet auch III) solche Veränderung in Ansehung der Erbgenahmen von Arends aus einem doppelten Rechtsgrunde, weil eines Theils dem weiblichen Geschlechte der von Arnds durch die streitige und in den neuern Lehnbriefen ausgelassene Clausel eine Lehnfolge auf Katzdorf nach den bey der 3ten Frage ausgeführten Gründen nicht beygeleget worden, mithin es demselben an einem gegründeten Interesse bey dieser Veränderung der Lehnbriefe mangelt, andern Theils auch in dem gesetzten Falle, daß die Erbgenahmen von Arends gedachte Clausel zu ihrem Vortheil auszulegen vermöchten, sie dennoch im Betracht dessen, daß sie des letzten Vasallen Franz Bernhard von Arends ungezweifelte Erben in allodio sind, die von diesem und dessen Erblasser bewilligte Veränderung der Lehnbriefe anzuerkennen und zu genehmigen verbunden seyn möchten. Diese Verbindlichkeit wird auf die ungezweifelten gemeinen Rechte gegründet, nach welchen die Erben die Person ihres Erblassers vorstellen

Nov. 48. in pr.

und durch die Antretung der Erbschaft sich verbindlich machen dessen facta zu erfüllen und zu genehmigen, heres enim factum defuncti omnino ratum habere et approbare tenetur nec contra id venire potest

L. 10. C. de solut.
L. 3. C. de reb. alien. non alienand.
L. 149. D. de reg. iur.
Hartm. Pistor quaest. iur. lib. 2. qu. 9. n. 1. sq.

Und diese Verbindlichkeit trifft nach vieler angesehener Rechtslehrer Meinung auch die Erben in Ansehung solcher Befugnisse, die sonst und wenn deren Erblasser sich solcher nicht begeben, ihnen ex prouidentia maiorum hätten anfallen können, allermaßen Erben nach der in

L. 14. C. de rei vind.

enthaltenen Entscheidung, die facta ihres Erblassers auch in rebus propriis zu genehmigen und zu prästiren verbunden sind, hinc etiam in rebus familiae relictis heres non potest venire contra factum defuncti quamuis sibi successio debeatur ex dispositione primi instituentis, adeo vt heres nec iure hereditario nec ex propria persona alienationem rei suae vel ab antecessoribus sibi relictae reuocare possit

Hart. Pistor P. 2. qu. 9. n. 8. qu. 10.
Stryk de caut. testam. c. 21. membr. 2. §. 12.
Wernher obs. for. P. 6. obs. 384.

ideoque nec agnatus feudum a defuncto cum domini consensu alienatum, si illius factus est heres, reuocare potest.

Rosenthal de feud. c. 9. concl. 69. n. 1.
Zasius de feud. P. 9. n. 28.
Vulteius de feud. cap. 11. n. 93.
Hartm. Pistor lib. 2. qu. 9. n. 11. 12.

Da nun diesem zufolge die Erbgenahmen von Arends, als Erben des letztern Vasallen, die von diesen bewilligte Veränderung des Lehnbriefes anzufechten nicht berechtiget sind: so können sie auf die das Gut Katzdorf betreffenden Lehnbriefe anders nicht als unter solcher Veränderung sich beziehen, mithin auch aus der ausgelassenen Lehns-Clausel der ältern Lehnbriefe, so wenig sie auch ihrem Inhalt nach ihnen zu statten kommt, einen Anschein zu der Lehnfolge in gedachtes Lehn nicht weiter für sich anführen.

§. 26.

27 Wenn gleich dasjenige, was gegen die zum Nachtheil der Agnaten und Cognaten unternommene Veränderung eines Weiber-Lehns in ein Mann-Lehn, aus dem Chur-Cöllnischen Vergleiche v. J. 1659 angeführt worden, an und für sich auch auf gemeinen Rechten beruhet, und daher darauf, daß solcher Vergleich auf die ausserhalb dem Erz-Stift Cölln belegenen Lehne nicht gezogen werden kann, hiebey auch keine Absicht genommen wird: so leidet dennoch solches im gegenwärtigen Fall keine Anwendung, indem 1) in demjenigen, was tenorem inuestiturae anbetrifft, keine Veränderung im Lehnbriefe geschehen, und das Lehngut Katzdorf in dem ersten Lehnbrief zu ei-

einem wahren Mannlehne verliehen und unter dieser Eigenschaft einige Jahrhunderte hindurch gleichförmig getragen worden, dahergegen betrifft die Veränderung eine auf das Oeffnungsrecht abzielende Versicherung, welche mit erlassenem Oeffnungsrechte auch ihre Erledigung erhalten. Hiernächst leidet 2) der angeführte Satz alsdann einen gegründeten Abfall, wenn Agnaten oder Cognaten, welchen eine von einem Vasallen unter lehnherrlicher Einwilligung unternommene Veränderung oder Veräusserung des Lehns zum Nachtheil gereichen könnte, des alienantis oder renunciantis Erben in allodio geworden, und deshalb solche Handlungen zu genehmigen und zu prästiren schuldig sind, in welchem Fall die im vorigen §. angeführten Rechte eintreten, und diese daher auch in dem gegenwärtigen Falle wenn die Erbgenahmen von Arends auf ein Recht aus den ältern Lehnbriefen sich zu beziehen vermögten, bey ihnen, als Erben des letzten Vasallen, Platz finden würden.

§. 27.

Wie nun nach den angezogenen Gründen 28

die unter Weglassung gedachter Clausel in den neuern Lehnbriefen geschehene Veränderung für rechtsbeständig zu halten, und daher ohne Absicht dessen, was auch die ausgelassene Lehns-Clausel für einen Verstand leiden können, die Erbgenahmen von Arends auf diese sich zu beziehen nicht für befugt anzusehen:

so erwächset aus den in Erörterung gezogenen besondern Fragen die richtige Folge, daß, da das Lehngut Katzdorf zu wahren Mannlehen verliehen worden, ferner da die angezogene den ältern Lehnbriefen einverleibte Clausel kein pactum adiectum enthält, wodurch die rechtliche Natur und Eigenschaft des Lehns abgeändert und dasselbe nach Abgang des Mannsstammes an das weibliche Geschlecht gebracht werden sollen, da auch überdem solche Clausel in den jüngern Lehnbriefen auf rechtsbeständige Weise ausgelassen worden und solche Veränderung der jüngern Lehnbriefe die Erbgenahmen von Arnds als Erben des letzten Vasallen verbindet,

das Lehn und die Burg Katzdorf nach gänzlichem Abgang des Mannsstammes der von Arends dem Erzstift Cölln für eröffnet und heimgefallen zu halten, hergegen den Erbgenahmen von Arends die Lehnfolge darin nach den gemeinen und den Chur-Cöllnischen Lehn-Rechten und Privilegien nicht zustehet. 1769.

Num. 149.

DECISIO.

THEMA GENERALE.

Quaedam ad ſeparationem feudi ab allodio et ad refuſionem meliorationum feudi ſpectantia.

ARGUMENTA SPECIALIA.

Sententia. n. 1.
Status cauſae. n. 2.

Rationes dubitandi.

Ius aperturae ſaepe in caſtris non feudalibus ſed allodialibus conceſſum eſt. n. 3.

Feudum oblatum pro hereditario feudo habendum de quo poſſeſſori ius diſponendi competit. n. 4.

Pretium aedificiorum feudo impoſitorum ſi ea neceſſaria ſunt a ſucceſſore eſt reſtituendum. n. 5.

Aedes ſacrae a vaſallo aedificatae ad meliorationes feudi referri nequeunt. n. 6.

Ob impenſas illiquidas ius retentionis non competit. n. 7.

Formula inueſtiturae *mit allen Herrlichkeiten*, omnia regalia denotat. n. 8.

Caſtro tanquam vniuerſitate in feudum dato omnes pertinentiae pro feudalibus habendae ſunt. n. 9. 10.

Huic praeſumtioni in caſu propoſito accedit agnitio vaſallorum. n. 11.

Pretium in acquiſitionem feudi impenſum, quippe quod ex hereditate allodiali deeſt, a ſucceſſoribus feudalibus reſtitui debet. n. 12.

Ex noua gratia cum feudo inueſtitus refundere debet impenſas ab anteceſſore in acquiſitionem factas. n. 13.

Rationes decidendi.

Caſtrum in quo domino ius aperturae conceſſum eſt, feudum eſſe demonſtratur. n. 14. 15.

De feudo vaſallus per teſtamentum diſponere nequit, nec feudum ad heredem vniuerſalem pertinet. n. 16.

Non ſolum neceſſariorum ſed etiam vtilium aedificiorum pretium a ſucceſſoribus feudalibus refundendum eſt. n. 17.

In aeſtimatione ineunda ad tempus reſtitutionis reſpiciendum eſt. n. 18.

Capella in feudo aedificata, et ius priuatorum ſacrorum feudo adquiſitum pro melioratione feudi aeſtimandum eſt. n. 19.

Heredibus allodialibus ob impenſas etſi adhuc illiquidae ſint, ius retentionis competit quod iis per cautionem oblatam adimi nequit. n. 20.

Die Herrlichkeit in caſu propoſito nil amplius quam iurisdictionem denotat, nec aliud ius intuitu diſtrictus in quo iurisdictio competit inde colligi poteſt. n. 21. 22.

Iurisdictio marcalis iurisdictio prorſus ſingularis eſt. n. 23.

Caſtro in feudum dato, et nulla de pertinentiis mentione facta, pertinentiae eius pro feudalibus haberi nequeunt. n. 24. 25. 26.

Pro re feudali haberi nequit, quod in litteris inueſtiturae comprehenſum non eſt. n. 27.

Agnitio vaſalli in caſu obuio non adeſt. n. 28.

Pretium feudi a vaſallo acquirente ſolutum ſucceſſor feudalis heredibus allodialibus reſtituere non eſt obligatus. n. 29.

Ex noua gratia cum feudo inueſtiti ex factis anteceſſorum nullo modo obligantur. n. 30.

Sue-

Heredes testamentarii defuncti vasalli ratione debitorum feudalium solutorum iisdem iuribus ac filiae eius non fruuntur. n. 31.

Fructus feudi a successoribus allodialibus percepti successoribus feudalibus sunt restituendi. n. 32.

Urtheil.

In Lehnssachen erst des kaiserlichen Raths Franz Arnold von J., dann des Churcöllnischen Oberlandhofmeisters und Premier-Ministers von B., nunmehr der Gebrüder Grafen Carl Leopold und Anton von B. als Lehnfolger, wider die verwittwete von M. als Testamentserbin des Franz Arnold von R., nunmehr derselben Beneficial-Erben Freyherrn von D. und den Advocaten der creditorum discussionis von R. als curatorem ad lites wird in weiterm Gefolge der vom kaiserlichen und Reichs-Cammer-Gerichte den 21ten Oct. 1783 ergangenen Ordination auf vorgehabten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten, für Recht erkannt:

daß I) das Schloß D. und dasjenige so in dem Bezirke dessen Walles, Grabens und Mauren gelegen, ein wahres Stiftslehn ist, und daher die von R—sche Allodialerben und Gläubiger dasselbe den Lehnfolgern, Grafen von B., wieder auszuantworten schuldig sind. Würden nun gedachte Allodialerben und Gläubiger das Angeben, daß der Vater des letztverstorbenen Franz Arnolds von R. das herrschaftliche Schloßgebäude von Grund aus wieder neu aufbauen lassen, binnen sechs Wochen gebührend beweisen, so sind die Lehnfolger den Werth solcher Gebäude, so weit das Lehn durch solche Wiederaufbauung nach anjetzt wirklich verbessert zu befinden, nach einem, mittelst eines im Beysenn beyder Theile, und unter Zuziehung von Bau- und Sachverständigen, welche beyden Theilen zu benennen unbenommen bleibet, zu nehmenden Augenscheins zu bestimmenden taxato, wobey vornemlich auf den gegenwärtigen Zustand solcher Gebäude und des dem Lehn daraus erwachsenden Nutzens nach Abzug der darin verbaueten alten Baumaterialien zu sehen, den Allodial-Erben und Gläubigern zu ersetzen verbunden, und sind diese, bis solches geschehen, in dem Besitze des Schlosses D. zu schützen. So viel auch die auf dem Vorplatze des Schlosses neu angelegte Capelle und die dabey gestiftete Vicarie betrifft, sind die Lehnerben nur den Werth derjenigen Verbesserung, welche das Lehn D. durch deren Anlegung und den mit Kosten verschafften Vortheil, den Gottesdienst in solcher Capelle auszuüben, wirklich erhalten haben, wenn über den von den Allodialerben und Gläubigern deshalb zu machenden Anschlag die Lehnerben gehöret worden, nach einer erfolgten billigmäßigen gerichtlichen Bestimmung den Allodial-Erben und Gläubigern zu erstatten gehalten;

II) Sind unter der zu Lehn gereichten Herrlichkeit mit dem Gerichte des Kirchspiels zu L. die hohen und niedern Gerichte nebst den in den Lehnbriefen benannten Nutzungen und was dem angehörig, begriffen, hergegen darunter die Mark-Gerichtbarkeit, Jagd-, Fischerey- und Zollgerechtigkeit nebst Ländereyen, Feld, Wiesen und Koten, nicht enthalten: es wollten und könnten dann die Lehnfolger, daß diese sämmtlich oder

zum Theil lehnbar sind, binnen sechs Wochen gebührend beweisen, dessen genössen sie billig, und ergehet sodann dieserhalb ferner, was recht ist;

Dahergegen hat III) das Suchen der Allodialerben auf die Wiedererstattung des Werths, wofür die Herrlichkeit mit dem Gerichte zu L., desgleichen der W—er Lehnzehnte daselbst, von den Vorfahren der von R. angekauft worden, nicht statt;

Uebrigens sind IV) die Allodialerben und Gläubiger die seit dem im Jahre 1747 erfolgten Absterben des Franz Arnold von R. aus den Lehngütern gehobenen Früchte und Nutzungen wieder herauszugeben und davon gebührende Rechnung abzulegen schuldig, und da davon ein Theil dem mit den Lehngütern belehnten kaiserlichen Rathe, Freyherrn von J., bis auf dessen im Jahre 1756 erfolgtes Ableben gebühret, so sind dieserhalb dessen Erben billig zu adcitiren: worauf, und wenn auch die jetzigen Lehnfolger, Grafen von B., theils in Ansehung der von Zeit der im Jahre 1782 erfolgten Belehnung ihnen gebührenden Lehnsfrüchte, theils auch dieselben und zugleich der Lehnsfiscal von wegen der vom Jahre 1756 bis 1782 erhobenen Früchte zuvörderst gehöret worden sind, so wird deren Wiedererstattung halben ferner ergehen, was sich den Rechten nach gebühret. Die bisher ergangenen Kosten werden gegen einander billig verglichen und aufgehoben. Von Rechts wegen.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe.

2 Nachdem vermittelst der vom kaiserlichen Reichs-Cammer-Gerichte unterm 21ten Oct. 1783 ergangenen Ordination verfügt worden, daß es bey dem Besitzstande, wie er vor ergangenem decreto a quo gewesen, vorerst zu belassen, auch solcher wieder herzustellen, immittelst der Proceß super separatione feudi ab allodio zum endlichen Erkenntnisse zu instruiren, solchem zu Folge auch die unterm 21ten März und 15ten May 1782 erlassenen Mandate bereits durch das Decret vom 9ten Sept. 1786 wiederum aufgehoben worden: so beruhet es nunmehr in Ansehung dessen, was wegen der Absonderung des Lehns vom allodio unter sämmtlichen Theilen verhandelt worden, auf rechtlicher Entscheidung;

3 Ob nun wohl A) der Anwald der Allodialerben und Curator der von R—ischen Gläubiger vorgestellet,

daß 1) das Schloß O., wenn es nach dem Inhalte des Reversal-Briefes weiland Adolphs Bischofs zu Münster vom Jahre 1358 beurtheilet wird, der ursprünglichen Eigenschaft nach, für ein bloß dem Oeffnungs-Rechte unterworfenes Schloß zu halten; immaßen darin nur anerkannt worden, daß Bitterus de R. nebst seiner Ehegattin Catharine dieses Schloß dem Bischofe und dem Hochstifte Münster in ligium et patens castrum quod vulgariter dicitur: to enen openen Huys, tenendum et habendum übertragen, und in dessen Vorhofe ein eigenes Gebäude, um darin einen besondern Burgmann zu halten, nach freyem Ermessen zu erbauen überlassen, sowohl auch die Gerechtsame vt nos nostrique successores et ecclesia nostra praedicta de dicto castro, tamquam de Nostro vero ligio contra quoscunque nostros aut ecclesiae nostrae inuaso-

res

res vel aduersarios nos defendere possimus et iuuare modis, quibus nobis viderimus expedire, eingeräumet, hergegen davon, daß gedachter von R. in Ansehung seines eigenen Schlosses einer Lehnspflicht sich unterworfen und dasselbe dem Hochstifte zu Lehn aufgetragen, darin die geringste Erwähnung nicht enthalten ist, wie es dann auch nicht an ähnlichen Beyspielen fehlet, daß in den damaligen Zeiten die Landesherren sich in den Schlössern ihrer Landsassen bloß das Oeffnungsrecht zu allen ihren Nöthen vorbedungen,

Phil. Wilh. Gercken vermischte Abhandlungen aus dem Lehnrechte Th. 2. Num. 2. vom Oeffnungs-Rechte §. 3. 4. 5.

Wenn aber 2) gedachtes Schloß nach den jüngeren Lehnbriefen für lehnrührig zu halten, von Seiten der verwittweten von M. auch schon in den älteren Acten behauptet werden wollen, daß es als aufgetragenes Lehn für Erblehn zu halten, worüber ihr Ehegemahl Franz Arnold von R. die freye Macht zu testiren gehabt, und da sie in desselben Testamente zur Universalerbin eingesetzt worden, dasselbe Schloß unter dessen Verlassenschaft mit begriffen sey; 4

Sodann 3) die Lehnfolger gegen das Angeben, daß der Vater des letztverstorbenen von R. das herrschaftliche Hauptgebäude auf dem Schlosse von Grund aus neu aufbauen lassen eingewandt haben, daß solches überall nicht erwiesen, überdem auch bey einer deshalb zu suchenden Vergütung darauf Rücksicht zu nehmen sey, ob, da gleichwohl die vorigen Vasallen die Schloßgebäude in Bau und Besserung zu erhalten schuldig gewesen, der neue Bau nöthig und erforderlich gewesen, 5

So wie auch 4) wegen der auf dem Schloßplatze angebaueten Capelle und gestifteten Vicarie, als bey Sachen, die den Rechten nach nicht in commercio stehen, eine Vergütung nicht statt finde, immaßen Capellen eben so wenig als Kirchen zum Privateigenthume zu rechnen, und schon deshalb nicht zu Lehn gereicht werden könnten, 6

Rosenthal de feud. cap. 4. concl. 14. n. 1.
Kress in diss. praelim. ad Thumermuthum. §. 42.

mithin ein Lehn auch keine Verbesserung am Werthe durch deren Anlegung erhalten und selbige daher eben so wenig als eine auf dem Lehne errichtete Schule, wovon beym

Pufendorf in obs. iur. vniv. tom. II. obs. 127.

eine Entscheidung vorkömmt, unter die zu vergütenden Lehnsverbesserungen zu rechnen seyn dürfte;

Bey so bewandten Umständen aber 5) und da die der Lehnsverbesserungen halber gemachten Forderungen annoch auf weiterer Erörterung beruhen, das ius retentionis der Allodial-Erben für begründet und statthaft nicht zu halten, und dagegen dem Gesuche der Lehnerben in den Besitz des Schlosses O. gegen eine allenfalls zu leistende Caution sofort gesetzt zu werden, statt zu geben seyn möchte; 7

Demnächst B) die Lehnfolger, Reichsgrafen von B., zu behaupten gesucht, daß unter der zu Lehn ertheilten Herrlichkeit und den Gerichten im Kirchspiele L. alle daselbst hergebrachten Regalien mit begriffen seyen, 8

Weil

Weil 1) die deshalb ergangene älteste Urkunde vom Jahre 1491 ergebe, daß Johann von L. nebst seiner Hausfrau Margarethe von R.:

> alle oere Herlicheede, Gerychte und Gebeyde, de se hebt aver dat Kerspell van L. myt aller Huth, Gerechticheiden und Tobehörungen, mytten Gerichtes Roggen, Gerichtes Hoenren und Syezen und voirt mut allen Broicken, Vppompstem und Vervallen der Gerichde und Herlicheide des vurgenanten Kerspels van L. andrepende nicht darvan vitgescheiden,

welche er von dem Hochstifte Münster zu Lehn getragen zu Gunsten des Goswin von R. gerichtlich refutirt und aufgelassen haben,

daben 2) auch keinen Zweifel leide, daß Herrlichkeit auch eben so viel als ein Regal andeute,

> *Harpprecht* in euolutione clausulae mit allen Herrlichkeiten;
> *Pufendorf* de iurisd. Germ. P. II. S. II. c. 2. §. 193.

und daher der Ausdruck: alle Herrlichkeit, ausser dem Hoch- und Niedergerichte die in dem Kirchspiele L. hergebrachte Markgerichtbarkeit, Jagd- und Fischeren-Gerechtigkeit nebst dem Wasserzolle unter sich begreiffen müsse, besonders da die Holz- und Markgerichtbarkeit bloß in Ansehung der Gegenstände eine besondere Gerichtbarkeit ausmache, solche aber nichts desto weniger, wie jede andere Gerichtbarkeit, von der landesherrlichen Verleihung abhange, bey dem zu Lehn verliehenen Gerichte, Gebot und Verbot aber keine Ausnahme von Holz- und Marksachen gemacht worden sey;

9 Sodann C) aus der Verleihung sowohl des Schlosses O. als auch der Gerichte im Kirchspiele L. mit allem Schlacht Nuß und Zubehöre die rechtliche Vermuthung für die Lehnbarkeit der unter dem Kirchspiele L. belegenen und den von R. zugehörigen Ländereyen, Wiesen und Bauerhöfe aus dem Grunde herzuleiten seyn dürfte;

Weil 1) in den Fällen, da ein Gut oder ähnliche vniuersitas mit Zubehörungen zu Lehn gereichet worden, die darunter begriffene Zubehörungen nach den gegründeten Behauptungen des Vice-Canzlers

> Struben vom Beweise der Lehnbarkeit im 3ten Theile der Nebenstunden Abh. 6. §. 4.

für lehnbar so lange, als die Allodial-Eigenschaft nicht dargethan worden, zu halten, solche Vermuthung auch bey den zu Lehn gereichten Schlössern den teutschen Sitten und Gewohnheiten angemessen ist, nach welchen dergleichen lehnrührige Schlösser mit ansehnlichen Districten und Zubehörungen, wie die in

> *P. C. von Knigge* diss. de castri germanici natura et indole cap. 4 per tot.

aufgeführten Beyspiele ausweisen, zu Lehn gereichet worden, weshalb auch in den Fällen, wo das Hauptgut lehnrührig ist, die Hofländereyen und die ganze Hovesat nach der Gewohnheit des Hochstifts für lehnbar gehalten werden;

Hiers

Hierauf auch schon 2) in dem Bescheide vom 2. Jul. 1752 gewissermaßen Rücksicht genommen, und der verwittweten von M. den Grund dessen, woher in Betracht jener, in allgemeinen Ausdrücken ertheilten Belehnung nach obgedachter im Jahre 1358 geschehenen Lehns-Oblation des Schlosses O. die dazu gehörigen Pertinenzen, sofern diese nicht erst nach solcher Zeit zu dem Schlosse erweislicher Art nach erworben worden, der Lehnbarkeit entzogen werden mögen, beyzubringen aufgeleget worden; 10

überdem 3) eine stillschweigend für lehnbar geschehene Anerkennung aller zum Schlosse O. und dem Gerichte im Kirchspiele L. gehörigen Pertinenzen, daher hergeleitet werden will, daß eines Theils dem vorigen Vasallen Franz Arnold von R. bey der gesuchten Erneuerung der Belehnung mittelst Decrets vom 23ten März 1730 ein Verzeichniß der dazu gehörigen lehnbaren Pertinenzen bey dem Lehnhofe zu übergeben auferlegt worden, und da solches nicht geschehen, aus dessen Stillschweigen die Vermuthung, daß er alle dabey befindliche Zubehörungen für lehnrührig anerkannt, eintreten will; 11

andern Theils 4) im vorigen Jahrhunderte Adolph nebst seinem Sohne Johann von R. mittelst der bey hochfürstlicher Lehn-Cammer im Jahre 1644 übergebenen Supplik die Lehnbarkeit des Hauses und der Herrlichkeit O. sammt deren Pertinenzen anerkannt, indem er unter den angeführten Umständen, daß er seiner Ehegattin wegen der in beygelegter Ehestiftung vom Jahre 1616 eingebrachten 6000 Fl. nach Abzug seiner Mobilien und Moventien keine Sicherheit zu verschaffen vermöchte, um lehnherrliche Einwilligung zu Verpfändung seiner Lehngüter nachgesucht, woraus auf den geringen Betrag und Werth der Allodialstücke und daß er damit keine Sicherheit leisten können, die Folge sich ziehen läßt;

Endlich D) der Anspruch, welchen die Allodial-Erben und Gläubiger auf die Wiedererstattung des Werths, wofür Goswin von R. im Jahre 1491 die Herrlichkeit zu L. und Adolph von R. den W—eschen Zehnten im Jahre 1696 erworben, gerichtet, auf einem Grunde der Billigkeit beruhen dürfte; 12

da 1) erstere laut der gerichtlichen Cession höchst wahrscheinlich gegen Erlegung einer bestimmten Geldsumme abgetreten, und letzterer von Burchard Wilhelm von K. dem Johann Adolph von R. für eine unter ihnen verglichene und baar bezahlte Geldsumme laut gerichtlichen Contractes vom 19ten Febr. 1696 überlassen worden;

gleichwohl 2) die Allodial-Erbschaft durch solchen Ankauf der Vorfahren um so viel, als der Werth der angekauften Lehne gehet, gemindert, hergegen die Reichsgrafen von B., welche das Recht zur Lehnfolge auf die von Seiten des weiblichen Geschlechts der von R. herrührende Verwandtschaft zu begründen gesucht, nach erfolgtem Lehnsanfalle um eben so viel bereichert worden, weshalb dieselben sowohl nach einer hierauf beruhenden Billigkeit, nach welcher niemand mit des andern Schaden sich bereichern soll, als auch

arg. I. F. 7. et 16.

den erweislichen Werth solcher Lehne ersteren zu erstatten für schuldig zu achten;

13 dafern auch 3) die dem Oberst-Landhofmeister Reichsgrafen von B. ertheilte Belehnung als eine ex noua gratia verliehene Belehnung anzusehen, dennoch die Lehnerben wenigstens den zehnten Theil des Lehns welcher bey jedem Lehns-Veräusserungsfalle als ein hergebrachtes Lehngeld der hochfürstlichen Lehncammer angefallen, in Betracht dessen, daß sie von derselben die causam acquisitionis erhalten, den Allodialerben zu vergüten, für schuldig anzusehen;

Solchemnach, daß in Ansehung der angeführten Puncte anders, als geschehen, zu erkennen gewesen, es einen Anschein gewinnet;

14 Dennoch aber und dieweil A) das Schloß O. nach der Natur und Eigenschaft eines castri alles dasjenige, so in dem Bezirke des Walles, Grabens und Mauern gelegen ist, umfaßt, und dasselbe für ein wahres vom Hochstifte Münster zu Lehn gehendes Schloß mit vollem Bestande zu halten;

anerwogen wenn gleich 1) der Reversbrief, welchen Bischof Adolph zu Münster über das ihm und dem Hochstifte zu einem offenen Hause oder castro patente et ligio zu seiner und des Hochstiftes Vertheidigung aufgetragene Schloß im Jahre 1358 ausgestellet, in seinem ganzen Inhalte von keinem Lehnsauftrage oder von einer von Bitter von R. übernommenen Lehnspflicht Erwähnung thut, dennoch der dem Goswin von R. des Bitter von R. Sohn, im Jahre 1459 ausgestellte und im Lehnsprotocolle angeführte Lehnbrief, dessen Original in Anlage beygebracht ist, beweiset, daß Johann, Bischof zu Münster, den Goswin von R. mit dem Schlosse zu O. gelegen im Kirchspiele von R. to einem rechten Manlen und open Huß Uns und Unsern Nachkommen und Gestifts von Münster belenet, und dadurch die Lehnbarkeit dieses Schlosses ausser allem Zweifel gesetzet worden;

15 wobey 2) aus dem Ausdrucke eines Mannlehns ein Bedenken um so weniger erwachsen mag, als solcher zu Bezeichnung eines wahren und zu vermannenden Lehnes vordem gebraucht, und eben sowohl bey den Münsterischen Lehne hergebracht gewesen, wie aus den in Ansehung der Münsterischen Lehen ertheilten Privilegien in

Lünigs Corp. iur. feud. tom. 1. p. 1778.

abzunehmen;

Wie dann 3) nachdem auch die von R. die Herrlichkeit und das Gericht zu L. von Johann von L. im Jahre 1491 mit lehnsherrlichem Consense erworben, beyde Lehne in einen Lehnbrief gezogen worden, immaßen wenige Jahre darauf Conrad Bischof zu Münster nach Inhalte des in originali übergebenen Lehnbriefes vom Jahre 1498 dem von R. das Schloß zu O. als ein Stiftslehn und zu einem offenen Hause und dazu die Herrlichkeit mit dem Gerichte des Kirchspiels von L. zu Lehn gereicht, und unter solcher Art die Belehnung bis in den neuesten Zeiten fortgesetzet worden;

16 Solchemnach 4) und da gedachtes Schloß anfänglich zu einem Mannlehne, und darauf von dem Bischoffe Conrad, nach denen schon damals geltenden Vorrechten der Münsterischen Lehen, zu einem Stiftslehne verliehen worden, es an einem rechtlichen Grun-

Grunde ermangelt, woraus demselben die Eigenschaft eines solchen Erblehns, worüber der letzte Vasall Franz Arnold von R. testiren mögen, beygelegt werden könne, wie dann derselbe dessen sich nicht einmal angemaßt, unter dem Ausdrucke der sämmtlichen Verlassenschaft aber, in welche die verwittwete von M. zur alleinigen Erbin eingesetzt worden, ein Lehn den Rechten nach um so weniger begriffen werden kann, cum nequidem sub generali alienatione, a vasallo facta, feudum contineatur, nisi nominatim dictum sit,

II. F. 26. §. 17.

als an der Befugniß, darüber zu testiren, es gemangelt;

I. F. 8. pr.

Uebrigeus 5) das zu O. neu aufgeführte Haupt- und herrschaftliche Gebäude nach der Natur eines Schlosses, als ein Theil des Lehns, und an und für sich als eine Lehnsverbesserung anzusehen, wobey zwar, weil die Lehnfolger die Richtigkeit des Angebens, daß der Vater des letzten Vasallen solchen Bau wirklich geführet, in Abrede gestellet, die Allodialerben und Gläubiger solches zuvörderst zu beweisen schuldig, dabey jedoch sowohl nicht auf die Nothwendigkeit, als auf den beständigen Nutzen des Lehns, wozu der Bau geführet worden, selbst nach der Natur der Lehnsverbesserungen, es ankömmt; 17

Immittelst bey der desfalls gesuchten Vergütung, welche nur in dem pretio meliorationis bestehet, 18

II. F. 28. §. 3.

darauf vornehmlich, wie weit das Schloß durch solchen neuen Bau eine wirkliche und annoch vorhandene Verbesserung erhalten, es ankömmt, und solche nach einem dabey in Absicht zu nehmenden Abzuge der eingebaueten alten Baumaterialien, in einen billigmäßigen Anschlag, worin sie zur gegenwärtigen Zeit stehen, zu bringen; in ineunda enim aestimatione pretii meliorationum non ad tempus, quo factae sunt, sed ad tempus restitutionis feudi, statumque, quem tunc habent, respiciendum est; eaque non pro valore ruderum et materiae, quanti ea diruto aedificio vendi possint, sed iuxta valorem stantis et consistentis aedificii facienda est;

Schweder de meliorat. feudi cap. 5. §. 7.
de Pufendorf tom. II. obs. 126.

solches alles aber anders nicht, als durch einen unter Zuziehung bauverständiger Männer zu nehmenden Augenschein und durch ein von diesen nach vorangeführten Gründen abzugebendes taxatum zu bewirken ist;

Und soviel 6) die auf dem Schloßplatze angelegte Capelle und dabey gestiftete Vicarie betrifft, dabey nicht sowohl die Capelle selbst, als welche den obangeführten Gründen nach für sich nicht in Anschlag kommt, als vielmehr die Verbesserung des Lehns aus dem Grunde in rechtlichen Betracht zu nehmen, weil das Recht, das ius priuatorum sacrorum mittelst einer Capelle auszuüben, als eine in Achtung stehende 19

Gerechtigkeit angesehen wird, zu deren Ausübung ein mit Kosten verknüpfter Aufwand mittelst Erbauung der Capelle gemacht worden, und dabey die Lehnssatzung, quod vasallus pecunia sua feudum meliorauerit

II. F. 28. §. 3.

in Anwendung kömmt, hierwider auch von einer auf dem Lehne angelegten Schule, als welche zum Nutzen anderer und der Jugend, mithin animo donandi geschehen, auf die zum eigenen Vortheile der Lehnsbesitzer angelegte Capelle, keine rechtliche Folge gezogen werden mag; übrigens der Werth dieser Lehnsverbesserung, wenn über die deshalb von den Allodial-Erben und Gläubigern zu machende Forderung, die Lehnfolger gehört worden, nach billigmäßigem gerichtlichem Ermessen, zu bestimmen;

20 Bey so bewandten Umständen aber und da 7) die Allodialerben in dem Besitze des Lehns O. stehen, das ius retentionis in Ansehung der Lehnsverbesserungen in den Rechten gegründet ist,

L. 38. D. de rei vind.
L. 14. D. de doli et metus except.
L. 33. in f. D. de cond. indebiti.

weshalb dasselbe, wenn es gleich an der erforderlichen Bescheinigung der Lehnsverbesserungen annoch ermangelt, den Allodialerben und Gläubigern nicht entzogen werden mag,

Pufendorf tom. II. obs. 130.

bevorab noch zur Zeit kein Beweistermin zur Liquidation der Verbesserungskosten angesetzet worden, worauf es, und ob sie immittelst des aufgelegten Beweises ad liquidum gebracht werden können, bey der Zuläßigkeit einer deshalb zu leistenden Caution ankommt; cum ob nudam contradictionem successoris feudalis heres non statim iure suo priuetur et cautione a successore in feudo oblata contentus esse teneatur

Schweder de meliorat. c. 4. §. 21.
Menius P. 3. dec. 369.

21 Demnächst B) das Lehn der Herrlichkeit mit dem Gerichte des Kirchspiels zu L. nicht richtiger, als aus der Refutations-Urkunde vom Jahre 1491 worin der Johann von L. dieses Lehn zu Gunsten des Goswin von R. gerichtlich aufgegeben, beurtheilt werden kann;

immaßen 1) die darauf ertheilte Belehnung in gleichem Maaße wie jene lautet, in dem Lehnbriefe vom Jahre 1498 wovon das Original beygebracht ist, und in den nachfolgenden Lehnbriefen, jene auch als der Erwerbungs-Grund zu diesem Lehne angesehen ist, nun aber darin der von L. nebst seiner Hausfrau Margarethe von R. alle ihre Herrlichkeit, Gerichte und Gebote, so sie haben über das Kirchspiel L. dem Goswin von G. abgetreten, und hiedurch das von ihnen zu Lehn getragene Regale der hohen- und Niedergerichte über das Kirchspiel zu L., worauf auch die dabey angeführten hergebrachten Gerichts-Nutzungen abzielen, demselben überlassen worden, welches nichts anders

anders als ein feudum iurisdictionis enthält, wobey sowohl das verliehene Recht selbst, als auch der District, über welchen es zustehet, sammt den dazu gehörigen Befugnissen an Gerichts-Rocken, Gerichts-Hühnern, hergebrachten Zinsen, Früchten, Aufkünften, und der durch Verwirkung dem Gerichte verfallenen Güter oder Strafen und was dem anhängig verliehen worden, wie dergleichen feuda iurisdictionis über einen District, ohne daß dieser deshalb lehnrührig geworden, nach dem Beyspiele der häufigen zu Lehn gereichten Frey-Gerichte, zu Lehn verliehen worden;

Buder de feudo iurisdictionis §. 5. 10. 20. in opusc. p. 535.

woraus auch der Grund dessen zu erkennen, daß, nachdem die von N. die lehnbare Gerichtbarkeit über das Kirchspiel L. erworben, die Belehnung mit dem Schlosse O., weil dieses innerhalb dieses Districtes gelegen, mit jener in einen Lehnbrief gezogen worden;

Solchem zu Folge 2) es an einem rechtlichen Grunde ermangelt, unter dem Ausdrucke der Herrlichkeit, die Marken-Gerichtbarkeit, Jagd-, Fischerey- und Zoll-Rechte, wenn gleich die von N. solche binnen dem Kirchspiele L. hergebracht, zu verstehen, immaßen es hiebey nicht darauf, was sonst für Regalien unter dem Namen der Herrlichkeit angedeutet worden, sondern darauf allein ankommt, was Goswin von N. unter diesem Ausdrucke in dem im Jahre 1491 mit dem von L. eingegangenen Vertrage für ein Regale mit lehnherrlicher Bewilligung erworben und darauf zu Lehn empfangen, welches unter der Bestimmung der Gerichte über gedachtes Kirchspiel um so gewisser angedeutet wird, als die hohen und Niedergerichte über einen gewissen District mit dem Namen der Herrlichkeit im Hochstifte Münster vordem häufig bezeichnet worden; 22

Kindlinger in Münsterschen Beyträgen zur Geschichte Deutschlands Th. 1. Abschn. 1. und 3.

Wie dann 3) die Markgerechtigkeit und Markgerichtbarkeit eine auf besonderer Verfassung nicht der Kirchspiele, sondern der Marken, beruhende iurisdictionem communitatis enthält, welche weder unter der Ober- noch unter der Nieder-Gerichtbarkeit begriffen ist; 23

Io. Frid. Wahl de iure et iudiciis communitatum seu marcarum §. 17.

Weiter C) der Anspruch der Lehnfolger auf die angegebenen Pertinenzen an Ländereyen, Aeckern, Wiesen oder Koten für gegründet nicht zu halten, 24

anerwogen 1) das Schloß O in den Lehnbriefen bloß zu einem offenen Hause zu Lehn verliehen, solches auch bey dem von Bitter von N. im Jahre 1358 dem Hochstifte Münster geschehenen Auftrage bloß als ein castrum patens et ligium übertragen worden, und weder bey diesem Auftrage, welcher den Grund der hiernächst erfolgten Belehnung enthält, noch auch bey der im Jahre 1498 ergangenen Belehnung selbst einige ausserhalb dem Schlosse befindliche Zubehörung unter die Lehnbarkeit gezogen worden;

und nachdem 2) mit diesem Schlosse zugleich die Herrlichkeit mit dem Gerichte über das Kirchspiel L. in einem Lehnbriefe zu Lehn gereichet worden, mit diesem hinwiederum keine andere als die zum Gerichtslehne gehörigen Nutzungen, von welcher Gattung, Art und Geschlecht, oder nach dem alten Ausdrucke: Schlacht, sie seyn mögen;

Wachter in gloss. German. voce: Schlacht. p. 1419.

zu Lehn gegeben worden, so wie auch keine andere Zubehörungen, als welche Johann von L. in der Lehns-Auflassungs-Urkunde vom Jahre 1491 dem Goswin von R. in völlig gleichförmigen Ausdrücken übertragen, und daher bey beyden nach ihrem ersten Ursprunge und nach dem unveränderten Inhalte der ältern und neuern Lehnbriefe nichts als das Schloß O. in seinem Umfange, und das Gericht zu L. mit den hergebrachten Nutzungen, für lehnbar zu halten;

25 wobey 3) die Rechte, welche sonst bey einer Belehnung mit einem ganzen Inbegriffe der Güter und Gerechtigkeiten, unter dem Ausdrucke eines Gutes oder Schlosses mit allen Zubehörungen, eintreten, bey diesem so bestimmtem Lehen des zum offenen Hause aufgetragenen Schlosses und der Gerichtbarkeit wobey sonst kein Land oder Feld zu Lehn gereichet worden, keine Anwendung leiden, noch auch hiebey auf andere mit Schlössern geschehene Belehnungen, deren jede aus dem Inhalte der Verleihung zu beurtheilen, Rücksicht genommen, noch weniger auf dasjenige, was sonst zur Hovesat eines mit allen Zubehörungen verliehenen Guts dem Herkommen nach gerechnet werden mag, bey diesen kein Gut betreffenden Lehnen gesehen werden kann;

26 Diesem auch 4) der Bescheid vom 15ten Jul. 1752 in Sachen der verwittweten von M. gegen die von J. nicht entgegensteht, indem, wenn auch solcher in Ansehung gedachter von M. und deren Erben zum Grund zu legen wäre, diese dennoch den Beweis dessen, daß nur allein das Schloß O. in seinem Umfange und das hohe und Niedergericht über das Kirchspiel L. unter der Lehnbarkeit gestanden, aus dem bischöflichen Reversal-Briefe vom Jahr 1358 und aus der von Johann von L. ertheilten Cessions-Urkunde vom Jahre 1491, und aus den darauf allein sich gründenden Lehnbriefen vom Jahre 1459 und 1498 hinlänglich geführet, folglich darauf, ob die sonst dem Geschlechte von R. zugehörigen Grundstücke vor oder nach den obgedachten Belehnungen erworben worden, es überall nicht ankommen kann;

27 Eben so wenig 5) daraus, daß der letzte Vasall von R. der im Jahre 1730 geschehenen Auflage zu Folge kein Verzeichniß der Lehnspertinenzien eingehändiget, eine Vermuthung für deren Lehnbarkeit genommen werden mag, da er ausser den in den Lehnbriefen benannten Lehnstücken ein anderweitiges Verzeichniß zu geben nicht vermocht, auch dessen nachgelassene Wittwe die Versicherung, daß sie kein Verzeichniß von anderen Lehnspertinenzen, als die Lehnbriefe besagen, vorgefunden habe, ausgestellet, und da selbst hochfürstliche Lehncammer benannten von R. nichts desto weniger mit gedachtem Lehen im Jahre 1730 belehnet, dieselbe es bey dem, was die Lehnbriefe besagen, gelassen;

Endlich

Endlich 6) aus obangeführter im Jahr 1644 von Adolph von R. und dessen Sohne Johann nachgesuchter lehnherrlicher Einwilligung behuf der vorgehabten Verpfändung des in unbestimmten und den Lehnbriefen nicht gemässen Ausdrücken benannten Hauses und der Herrlichkeit O. sammt deren Pertinenzen, eine Anerkennung dessen, daß ausser den zugleich bemerkten Mobilien und Moventien das meiste lehnbar seyn müsse, mit einigem Bestande sich nicht herleiten läßt, da ohnedem keine Pertinenzen benannt sind, und die im Lehnbriefe benannten verschiedenen Arten der Gerichtseinkünfte unter die Pertinenzen der Herrlichkeit und Gerichtbarkeit über L. gehören, von Ländereyen aber daselbst das geringste nicht erwähnt worden, vielmehr gedachter Adolph von R. in der zugleich beygefügten Urkunde vom Jahre 1744 vor Gericht zu erkennen gegeben, daß die O—schen Allodial-Güter theils von seinen Vorfahren mit Bürgschaften, theils von ihm behuf der Abfindung seiner Schwestern mit 74000 Rthlr. Schulden beschwert, und unter den Kriegsunruhen sehr ruinirt worden, mithin, da derselbe hiebey so viel O—sche Allodial-Güter benannt, nicht abzusehen steht, was für Pertinenzen er in der ohne Erfolg gebliebenen Supplik für lehnbar angeben mögen; 28

Dahergegen D) das Suchen der Allodialerben und Gläubiger auf die Zurückgabe des erweislichen Kaufgeldes für die von den Vorfahren der von R. erkaufte Herrlichkeit und Gerichtbarkeit zu L. und des W—er Lehnzehntens daselbst, für statthaft nicht zu halten; 29

indem 1) die ersten Erwerber dieser Lehnstücke durch die Bezahlung des bedungenen Kaufpreises die von ihnen selbst contrahirte Schuld bezahlt und sie solche Lehne sowohl für sich als für alle ihre Leibes-Lehnserben, und zu deren Gunsten freywillig und freygebig, mithin animo donandi acquiriret, folglich aller Grund wegfällt, woraus die Allodialerben und Gläubiger solches Kaufgeld zurückzufordern vermöchten, hiebey auch der Fall nicht anwendbar ist, daß die zum Lehn berechtigten Lehnserben cum alterius iniuria bereichert würden, noch weniger dahin die Lehnrechte

I. F. 7. et 16.

gezogen werden können, angesehen diese von einem ganz unterschiedenen Falle, da ein Lehnherr seinen Vasallen ohne dessen Schuld und Versehen eines gekauften Lehnes in ältesten Zeiten und vor der angeführten Lehnfolge entsetzen wollte, handeln,

Bitschius in Comm. ad consuet. feudal. p. 108.

und daher in den Rechten gegründet ist, quod debitum ab ipso vasallo contractum et ab eo solutum iedoque et pretium feudi a vasallo solutum, successor feudalis heredibus allodialibus restituere non sit obligatus;

Hellfeld de herede allodiali debita feudalia a vasallo soluta repetente §. 3. in opusc. p. 584.

Nettelbladt de refusione debitorum feudalium solutorum c. 2. §. 3. cap. 3. §. 21.

Strumi-

Struuius in fynt. iur. feud. c. 14. aph. 24. n. 2.
Lyncker dec. 1073.

Folglich 2) die jetzigen Lehnfolger, Reichsgrafen von B. in so fern deren Recht zur Lehnfolge auf ihrer Abstammung von den weiblichen Descendenten der von R. nach Maaßgabe der bey hochfürstlicher Lehncammer übergebenen Bescheinigung gegründet wird, als berechtigte Lehnerben die Vergütung des zur Erwerbung der Lehngüter angelegten Kaufgeldes den Allodialerben des letzten vom Mannsstamme zu leisten nicht schuldig sind;

30 Noch weniger aber 3) dieselben dazu verbunden sind, wenn die in Frage stehenden Lehngüter nach Ausgange des von R–ischen Geschlechts für heimgefallen anzusehen sind, und die jetzigen Lehnfolger das Recht an solchen Lehnen durch die ex noua gratia erhaltene Belehnung nach Inhalt der Lehnbriefe erlanget haben;

allermaßen 4) der Anspruch der Allodialerben und Gläubiger auf die Vergütung des zehnten Theils des Werths der Lehne, welcher von den ersten Lehnserwerbern als ein hergebrachtes Lehngeld bey der Lehns-Veräusserung zu erlegen gewesen, gleichfalls nicht statt findet, weil diese Abgabe die Eigenschaft eines dem Lehnhofe zu erlegenden Laudemiums und Honorariums hat, durch dessen Abtragung der neubelehnte Vasall seiner eigenen Verbindlichkeit ein Genüge geleistet;

31 Nicht zu gedenken, daß 5) die aus dem Testamente des Franz Arnold von R. succedirende verwittwete von M. und deren Erben so wenig als desselben übrige Gläubiger, überall zu demjenigen Rechte, was den Töchtern des Geschlechts auf die Wiederzahlung der bezahlten Lehnsschulden in gewissen Fällen zustehet, mit keinem Scheine sich zu qualificiren vermögen, da ihr Erblasser Franz Arnold von R., dessen Rechte sie allein zu vertreten vermögen, zu solchem Anspruche selbst keine Befugniß gehabt;

32 Uebrigens E) nach erfolgter Absonderung des Lehns vom Allodium die aus den Lehngütern seit dem Absterben des Franz Arnold von R. vom 7. Jul. 1747 erhobenen Früchte und Nutzungen von dessen Wittwe, nachher verwittweten von M., und deren Erben, eben sowohl als auch von den Gläubigern unstreitig zu erstatten sind, und da der weiland kaiserliche Rath Freyherr von J. zwar die Belehnung mit solchen Lehnen, jedoch deren Besitz niemahls erlanget, und ihm die Lehnsfrüchte bis zu dessen im Jahre 1756 erfolgten Absterben gebühren, nunmehr, und da dessen Recht aus den Acten selbst sich ergibt, auf die Adcitation der Erben desselben billig zu erkennen gewesen, so wie hergegen die Lehnsfrüchte von Zeit der am 24ten Jan. 1782 dem weiland Oberländshofmeister, Reichsgrafen von B. ertheilten Belehnung mit den von R–ischen Lehnen den jetzigen Lehnerben zu erstatten sind, und selbige darüber in wie weit sie hinwiederum auf die seit dem Jahre 1756 bis 1782 gefallenen Lehnfrüchte annoch einen Anspruch zu machen vermeinen, eben sowohl als der Lehnsfiscal zu hören sind;

Uebri-

Uebrigens da das Erkenntniß in Ansehung der verschiedenen Puncte für beyde 33 Theile ausgefallen, die bis hieher aufgegangenen Kosten gegen einander zu vergleichen gewesen;

Als sind wir, wie im Urtheile geschehen, zu erkennen bewogen worden.

Num. 150.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

De constitutione et effectu rite constitutae hypothecae feudalis, maxime intuitu domini, et eius qui de feudo ex noua gratia inuestitus est.

Argvmenta specialia.

Species facti. n. 1.
Quaestio proposita. n. 2.
Debitum vasalli tum demum si in vtilitatem feudi vel ad dotandas filias versum est, fit debitum feudale. n. 3.
Debitum de quo quaeritur feudale esse ex praesumtionibus quae in causis antiquis magnam vim habent euincitur. n. 4.
Dos in feudum illata et versa tamquam onus feudi consideranda est. n. 5.
Creditor qui antiquiori creditori ratione sortis et vsurarum satisfacit, in eius locum succedit. n. 6.
Vasallo impune licet fructus feudi oppignorati creditori loco vsurarum assignare. n. 7.
Hypotheca feudo imposita per consensum domini et agnatorum plenam vim accipit. n. 8.
Episcopo tamquam prodomino competit exercitium iurium quae insunt dominio directo. n. 9.
Consensus in hypothecam feudalem ab episcopo solo dari potest, nec opus est consensu capituli. n. 10.
Non opus est vt hypotheca consensu domini munita post eius discessum a successore renouetur. n. 11.
Hypotheca rite constituta in casu aperturae tum contra dominum tum contra eum qui feudum ex noua gratia accepit vim habet. n. 12.
Pignus debito soluto ob alia debita personalia retineri potest a creditore. n. 13.
Id vero tantum locum habet ob debita eius ad quem res oppignorata pertinet. n. 14.
Quaestionis decisio. n. 15.

Rechtsgutachten.

§. 1.

Die Freyherren von B. tragen seit den ältesten Zeiten von der fürstlichen Lehn Cammer zu Paderborn das Gut J. und namentlich einen Zehnten und verschiedene Korngefälle daselbst unter der Eigenschaft eines Mannlehns zu Lehn. Im 16ten Jahrhunderte haben die Vorfahren derselben eine Summe von 1500 Species-Thalern unter Versicherung dieser Lehns-Gefälle aufgenommen und dazu auch in den jüngern Jahren die lehnherrliche Einwilligung erhalten.

Der letzte vom Mannsstamm in der Familie von B. hat sich indessen bewogen gefunden, gedachtes Lehn in die Hände des höchsten Lehnherrn des jetzt regierenden Fürst-Bischofs zu Paderborn zu Gunsten des Herrn von C. zu refutiren: welcher denn auch die Belehnung mit diesem Lehn ex noua gratia erhalten hat; hiebey kommt nun die Bezahlung der auf den Lehnsgefällen haftenden alten Schuld in rechtliche Betrachtung. Mit dieser Schuld hat es, besage der ausführlichen Geschichts-Erzählung diese Bewandniß: im Jahr 1597 haben die Gebrüder Wilhelm, Adrian, und Caspar von B. von Wolf von O. und seiner Frau Agnes von B. als ihrem Schwager und ihrer Schwester, 1500 Thlr. gut an Münze und gut genug am Gewichte als ein Anlehn aufgenommen, und ausser der auf ihr gesammtes Vermögen bestellten General-Hypothek die sämmtlichen Gefälle zu J. dem Gläubiger zum besondern Unterpfand eingesetzt.

Diese 1500 Thlr. hat der Herr von O. seiner an Herrn von D. verheyratheten Tochter in dotem mitgegeben, und nachdem die Tochter des von D. an den Freyherrn Georg von Br. verheyrathet worden, hat auch diese die gedachte Capital-Forderung von 1500 Thlr. zum Brautschatz erhalten. Von diesem Capital hat indessen im Jahr 1657 der Herr von Br., mit Bewilligung des Herrn von B. die Summe von 510 Thlr. auf den Herrn von B. übertragen, und sind solche nachher den Armen zu W. vermacht, und von den Herrn von B. lange Jahre verzinset worden.

§. 2.

Im Jahr 1677 hat sich Johann Wilhelm von B. die Wiederbezahlung dieses in zwey Theile vertheilten Capitals angelegen seyn lassen. Nach dem unterm 24. Oct. 1677 ausgestellten Schein bekennet derselbe daß seine Frau, Agnes von R. ihm 1000 Species-Thaler vorgeschossen, welche er dem Herrn von Br. ausgezahlt, und zur Wiedereinlösung des J—häuser Zehnten verwandt. Bey dem indessen erfolgten frühen Absterben des gedachten Wilhelm von B. hat dessen nachgelassene Wittwe in der neuen Ehe mit R. von M. dieses ihren Brautschatz enthaltende Capital aus den Gefällen des ihr verschriebenen Zehntens bis auf das Jahr 1703 genutzt, dann aber zu eignem Bedürfniß sich bewogen gesehen, ein Capital von 1000 Species-Thalern, welches mit dem Aufgelde von 250 Thlr. gegen Species-Thaler eine Summe von 1250 Thlr. betragen, von dem Herrn von A. aufzunehmen, und ihm dagegen alles Recht,

Recht, was sie an dem J—häuser Zehnten gehabt, mittelst der von ihr und ihrem Ehemanne, gedachtem von M. ausgestellten Cessions-Urkunde vom 14. Apr. 1703 abzutreten und zu cediren. Beyde Cedenten bekennen darin, daß die Dotalgelder der Frau von M. von 1000 Species-Thalern zur Wiederbezahlung des im Jahr 1597 von den Gebrüdern von B. bey Herrn Wilhelm von O. aufgenommenen und auf dem J—häuser Zehnten versicherten Capitals von 1500 Species Thalern vorgeschossen, und diese ihnen von dem Herrn von A. unter Abtretung der alten Verschreibung mit 1250 Thlr. ausgezahlet worden. Die darüber ausgestellte Cessions-Urkunde ist auch vom Hofgerichte zu Paderborn am 7ten May 1703 gerichtlich bestätiget worden.

§. 3.

Nach bald erfolgtem Absterben des Herrn von M. hat dessen nachgelassene Wittwe und der aus ihrer ersten Ehe erzeugte Sohn Carl Heinrich von B. sich ferner genöthiget gesehen, zur Abtragung des auf den J—er Zehnten noch haftenden und von den Armen zu W. bis zur Immission ausgeklagten Capitals von 500 Species Thalern und zur Bestreitung mehrerer nothwendigen Bedürfnisse ein Capital von 1350 Thalern von dem Herrn von A. aufzunehmen und ist also demselben mit vorgedachten 1250 Thalern eine Summe von 2600 Rthlr. schuldig geworden, und haben beyde unter Abtretung des den Armen zu W. auf den J—er Zehnten zustehenden Rechts eine Urkunde vom Jahr 1705 dem Herrn von A. ausgestellt.

Ausser diesem Capital haben die Herren von A. den Herren von B. noch in den folgenden Jahren einen Vorschuß zur Bezahlung zweyer Capitalien gegen Abtretung dieser Schuld- und Pfandverschreibungen geleistet, davon das eine von 500 Rthlr. die obgedachte Gebrüder Wilhelm, Adrian, und Caspar von B. im Jahr 1596 von dem Freyherrn Jobst von S. unter einer General-Hypothek auf alle ihre geradeste Güter, Gefälle, klein und groß, — aufgenommen, das andere von 200 Rthlr. Wilhelm von B. vom Secretair M. unter einer Pfandverschreibung seiner sämmtlichen Güter und unter der besondern Unterpfandsverschreibung auf die Einkünfte zu J. im Jahr 1606 zum Anlehn erhalten. Diese im Jahr 1596 und 1606 von den Herrn von B. aufgenommenen Capitalien sind am 4ten Oct. 1738 dem Herrn von A. durch besondere Cessionen übertragen worden, und werden statt der Zinsen einige Korn-Gefälle und Dienst-Gelder aus J. bis jetzt genossen.

Uebrigens haben die Herrn von A. noch im Jahr 1611 den Herrn von B. 100 gute wohlgeltende Reichsthaler unter besonderer Verpfändung eines Hofes zu J. vorgeschossen; und sind daher die Herrn von B. den Herrn von A. überhaupt eine Capital-Summe von 3400 Rthlr. schuldig geworden, welchen noch ein beträchtlicher Zinsen-Nachstand von 2000 Rthlr. hinzutritt, indem die Herrn von B. die von A. in dem Genusse der statt Zinsen verschriebenen Zehnten und Korn-Gefälle viele Jahre hindurch gestöhrt haben, obwohl die Herrn von A. durch rechtskräftige Urtheile wieder in den Besitz und Genuß der Zehnten und Gefälle zu J. gelangt sind.

 §. 4.

§. 4.

Da die Herrn von A. im Jahr 1748 besorgt haben, daß wenn der Mannsstamm der Herrn von B. erlöschen würde, sie wegen Mangels des lehnherrlichen Consenses Gefahr laufen möchten, sowohl das Capital zu 3400 Rthlr. als die rückständigen Zinsen zu verlieren: so haben die Herrn von B. nebst dem Herrn von A. bey Seiner churfürstlichen Durchlaucht zu Cölln, als damaligem Bischof zu Paderborn eine Bittschrift eingereicht, und um die lehnherrliche Einwilligung in diese auf den Parcelen des Lehnguts J. haftende Schuld- und Pfandverschreibung von 3400 Rthlr. nachgesucht.

Es hat auch der Churfürst von der Lehn-Cammer zu Paderborn gutachtlichen Bericht gefordert, und obgleich solcher zu Gunsten des Herrn von A. und B. erstattet worden, so ist dennoch vom Lehnhofe keine Entschliessung erfolgt.

Indessen haben die Herrn von A. im Jahr 1766 bey dem damals regierenden Fürst-Bischof von Paderborn Wilhelm Anton das Gesuch um die lehnherrliche Einwilligung erneuert, und solche laut der Anlage nicht allein erhalten, sondern sie sind auch bis hieher in dem Besitz der Hebung des J—häuser Zehntens und der Korn-Gefälle verblieben.

§. 5.

Vor einigen Jahren hat der letzte vom Mannsstamm aus der Familie von B. da er mit seiner Gemahlin keine Kinder erzeugt, und sonst auch kein Allodium hat, unter höchster Einwilligung des jetzt regierenden Fürst-Bischofs, das Lehn-Gut J. zu Gunsten des Herrn von C. refutirt, und derselbe ist würklich mit diesem Lehn, ohne jedoch den Herrn von A. im Besitz und Genuß der unterpfändlich innehabenden Lehns-Parcelen zu stöhren, ex noua gratia belehnet worden.

§. 6.

2 Hiebey entstehet die

Frage:

> Ob der Herr von C. dem Herrn von A. die auf dem refutirten Lehn-Gut haftenden 3400 Rthlr. Capital und rückständigen Zinsen zu bezahlen verbunden sey?

Ob man gleich die Bedingungen nicht weiß, unter welchen der Herr von B. dem Herrn von C. das Lehn-Gut abgetreten hat, so könnten doch wahrscheinlich die Einreden gemacht werden, daß eines Theils bey der von dem Fürst-Bischof Wilhelm Anton ertheilten Einwilligung der Consens des Dom-Capitels fehle, und daß um die Erneuerung des lehnherrlichen Consenses bey den nachherigen hohen Lehnherren nicht nachgesucht sey: auch möchte andern Theils vorgewandt werden, daß die 3400 Rthlr. behuf Dotirung der Töchter der Herrn von B. nicht verwandt wären, sondern es seyen bloß 1000 Species-Thaler von der Frau von B. Brautschatz-Geldern behuf Einlösung des J—häuser Zehntens vorgeschossen, die sich die Herrn von A. unter Abtretung der Hypothek hätten cediren lassen.

§. 7.

§. 7.

Bey rechtlicher Erörterung dieser Frage kömmt nun I) die Beschaffenheit der Schulden in Betrachtung, welche von den Herrn von B. auf die Zehnt- und Korn-Gefälle zu J. sind versichert worden. 3

Das erste und ursprüngliche Capital von 1500 Species-Thalern ist von den Gebrüdern Wilhelm Adrian und Caspar von B. von deren Schwester und ihrem Ehemanne Wolf von O. im Jahr 1597 unter der besondern Verpfändung der sämmtlichen Gefälle zu J. aufgenommen. In der Geschichts-Erzählung ist jedoch keine Nachricht enthalten, wozu dieses Capital von den Herrn von B. verwandt worden sey. Denn diejenige Verwendung, welche der Herr von O. mit diesem Capital, welches er zur Dotirung seiner Tochter bey deren Verehlichung mit dem Herrn von D. und dieser hinwiederum bey Verehlichung seiner Tochter mit dem Herrn von Br. zu deren Ausstattung vorgenommen, kann bey Beurtheilung einer Lehn-Schuld deshalb nicht in rechtlichen Betracht kommen, weil sie von den Gläubigern der Herrn von B. geschehen. Wozu aber die Vasallen, die Herrn von B., als Schuldner, dieses Capital von 1500 Thalern angelegt, davon ist nichts bemerket. Die Schuld eines Vasallen kann jedoch nur durch diejenige Art der Verwendung die Eigenschaft einer Lehn-Schuld erlangen, welche zum Nutzen des Lehns oder zu Bestreitung der nach teutschen Rechten hergebrachten Familien-Bedürfnisse, zur Ausstattung der Töchter oder sonst zur Versorgung der Ehegatten oder Wittwen geschieht.

§. 8.

Nichts desto weniger treten bey dieser seit 200 Jahren aufgenommenen Schuld starke Vermuthungen für die Eigenschaft einer Lehnschuld ein; in causis antiquis aber werden auch die aus der Sache selbst herrührenden Vermuthungen in den Rechten für erheblich anerkannt 4

C. 13. X. de probat.

Dieses Capital von 1500 Species-Thalern ist 1) nach den Umständen der damahligen Zeit am Ende des 16ten Jahrhunderts für ein beträchtliches Capital anzusehen, und es entsteht daher schon die Vermuthung, daß die von O. bey der auf die Lehnsgefälle erhaltenen Special-Hypothek die Sicherheit derselben bedacht haben werden, wenn gleich bey dieser so alten Schuld die Nachrichten mangeln.

Die Erheblichkeit dieses Capitals begründet 2) die Vermuthung daß die damahls lebenden Agnaten ihre Einwilligung dazu ertheilet haben; welches alles auch dadurch bewähret wird, daß die hochfürstliche Lehn-Cammer in dem im Jahr 1748 abgestatteten Bericht bey Erörterung dieser Schuld in der That befunden zu haben bezeugt, daß dieses Capital cum consensu et praescitu agnatorum nothwendig in die Lehngüter aufgenommen werden müssen: nicht zu gedenken, daß keiner der damahls lebenden Agnaten eine Art des Widerspruchs dagegen zu erkennen gegeben.

5 Von dem größten Theil dieses Capitals ist 3) eine wirkliche Verwendung ins Lehn erfolgt, indem Wilhelm von B. den von seiner Gemahlin Agnes von R. erhaltenen Brautschatz von 1000 Species-Thalern zur Wiedereinlösung des J—häuser Zehntens angelegt, und das Lehn von der Special-Hypothek, die der Herr von Br. darauf gehabt, befreyet. Dieses Capital hat daher einen ungezweifelten Grund einer Lehnschuld für sich, indem das ius repetendi dotem in feudum illatam et versam nach dem allgemeinen teutschen Gerichts-Gebrauch unter die auf dem Lehn haftenden Forderungen gerechnet wird

Stryk de succ. ab int. diss. IV. c. 2. §. 17.
Henr. Nettelbladt de dotalitio Sect. 2. §. 20.

6 Die Herrn von A. haben hierauf 4) diese Gerechtsame der Gemahlin des Wilhelm von B. nachher verehlichten von M. vermöge der unterm 14. April 1703 ausgestellten Cessions-Urkunde erhalten, in welcher selbige mit ihrem Ehemanne von M. den Herrn von A. gegen ein Darlehn von 1250 Thlr. womit vorerwähnte 1000 Species-Thaler nebst dem Aufgelde von 250 Thlr. eingelöset worden, cedirt und abgetreten hat.

Noch haben 5) die Herrn von A. den von dem alten Capital noch übrigen 500 Species-Thaler betragenden Theil, welcher den Armen zu W. zugefallen, und weshalb diese durch eine bey hochfürstlicher Justiz-Canzley erhobenen Klage und erfolgte rechtskräftige Urtheile die Immission in den Zehnten erhalten haben, mit 885 Thlr. damahliger Währung eingelöset, und zur Abtragung der Zinsen und Kosten und anderer Nothwendigkeiten der Wittwe von M. und deren Sohn erster Ehe, Heinrich von B. überhaupt ein Capital von 1350 Thlr. vorgeschossen, und vermöge einer von ihnen ausgestellten Cessions-Urkunde vom Jahr 1705 alle den Armen zu W. an den gedachten Zehnten zustehende Rechte unter dem pacto de succedendo in locum creditoris erhalten. Wegen dieses Vorschusses und zugleich wegen des vorgedachten Anlehns von 1250 Thlr. haben die Herrn von A. ein Hypothek- und Pfandrecht auf 2600 Thlr. damahliger Währung auf den J—häuser Zehnten erlanget Schon den Rechten nach erhält der neue Gläubiger vermittelst einer solchen Cession, die Rechte des vorigen Gläubigers, wenn dieser durch Bezahlung des Capitals und der damit verbundenen Zinsen und Kosten ist befriediget worden

L. 12. §. 8. D. qui potiores in pign. hab.
L. 21. C. de pignorib.
L. 1. L. 3. C. de his, qui in prior. locum succedunt.

Dieses Darlehn der Herrn von A. ist 6) durch Vorschüsse zur Abzahlung besonderer kleinen Capitalien bis auf 3400 Thlr. vermehret worden, indem sie

a) zur Bezahlung des von oberwähnten Gebrüdern von B. bey dem Freyherrn von S. im Jahr 1596 unter Verpfändung ihres gesammten Vermögens, und

b) zur Bezahlung des von dem Secretair M. im Jahr 1606 dem Herrn Wilhelm von B. dargeliehenen Capitals von 200 Thlr. das Geld hergegeben, wogegen die

die Herrn von B. vermittelst einer besondern Cessions-Urkunde vom 4ten Oct. 1738 die dafür unterpfändlich verschriebenen Korn-Gefälle und Dienst-Gelder zu J. ihnen statt der Zinsen abgetreten. Nicht weniger haben c) die Herrn von A. schon im Jahr 1611 den Herrn von B. ein Capital von 100 Thlr. unter besonderer Verpfändung des Burmanns Hofes zu J. dargeliehen und solchergestalt sind von den Vasallen einzelne Lehnstücke und Pertinenzen verpfändet worden.

Außerdem haben 7) die Herrn von A. eine Forderung auf 2000 Thlr. rückständiger Zinsen, welche daher erwachsen, daß sie von den Herrn von B. in der Hebung und in dem Genuß der anstatt der Zinsen unterpfändlich verschriebenen und eingegebenen Zehnt-Korn- und anderer Gefälle zu J. viele Jahre hindurch gehindert worden bis endlich die Familie von A. durch erhaltene rechtskräftige Urtheile wieder in den Besitz und Genuß solcher Gefälle eingesetzt worden; es bleibet jedoch auch diese Schuld an und für sich nur eine Privat-Forderung an den Herrn von B.

§. 9.

Da die von den Herrn von B. zur Special-Hypothek verschriebenen Zehnten- und Korn-Gefälle zu J. nach und nach zur antichretischen Benutzung eingegeben worden, so könnte gegen deren Rechtsbestand der Zweifel erregt werden, daß solches einer in den gemeinen Lehnrechten untersagten oppignorationi feudi gleich zu achten wäre, welche wenn sie auch nur einen Theil des Lehns betrifft, eben sowohl als eine Veräußerung verboten ist 7

II. F. 55. §. 1.

Jedoch dieser Zweifel erledigt sich schon 1) aus der Art und Eigenschaft eines pacti antichretici, welches bloß die Benutzung der Lehnstücke betrifft, die dem Gläubiger statt der Zinsen eingeräumt werden. In den Rechten wird dieser Vertrag einer Verpachtung gleich geachtet, und als eine locatio betrachtet, qua vsus pignoris loco vsurarum conceditur

L. 14. C. de vsuris.

weshalb selbiger nach dem Rechte einer Verpachtung der unterpfändlich verschriebenen Grundstücke zu beurtheilen ist

de Pufendorf obs. iur. vniv. tom. III. obs. 58.

Einem Vasallen bleibt daher 2) unbenommen, ein zur speciellen Hypothek verschriebenes Grund-Lehnstück dem Gläubiger anstatt der Zinsen zur Benutzung einzugeben, weil dieses bloß die Nutzungen des Lehns betrifft, diese aber dergestalt unter seiner Verfügung stehen, daß es von ihm abhängt, ob er sie selbst erheben, oder andern zur Erhebung überlassen will.

II. F. 9. § 1.
II. F. 23. §. vlt.

Deshalb kann 3) bey einer von den Vasallen aufs Lehn versicherten Schuld im Wege Rechtes die gerichtliche Immission in die Lehnsfrüchte erkannt werden, wie solches

im

im gegenwärtigen Fall sowohl auf Ansuchen der Armen zu W. als auch auf Ansuchen der Herrn von A. wegen der rückständig gebliebenen Zinsen gegen die Vasallen von B. geschehen ist. Was aber der Richter im Wege Rechtes gegen den Vasallen erkennen kann, das ist auch dem Vasallen erlaubt, vertragsweise zu thun, und die Lehnsfrüchte anstatt der Zinsen seinem Gläubiger anzuweisen, wie hievon in

Strubens rechtlichen Bedenken Th. V. Bed. 12.

richtig geurtheilt wird.

Daher bleibt 4) die antichretisch verstattete Benutzung eines zum Unterpfand schon verschriebenen Lehnstücks, welche ein blosses ius ad rem ertheilet, von einer oppignoratione feudi eiusque partis wesentlich unterschieden: und diese ist vornemlich deshalb in den gemeinen Lehnrechten untersagt, weil unter einem solchen Scheine leicht eine zum Nachtheil des Lehnherrn gereichende Veräusserung unternommen werden könnte.

II. F. 55. pr.

Dahergegen eine antichretisch eingeräumte Benutzung des Lehns den Rechten des Lehnherrn unschädlich verbleibt, weil sie bloß durch einen Vertrag über die Nutzungen des Lehn-Stücks bewirkt wird. Aus diesem Grunde ist auch die von den Herrn von B. seit 200 Jahren geschehene und von Zeit zu Zeit fortgesetzte den Pfandgläubigern antichretisch eingeräumte Nutzung des Zehntens und der Gefälle zu J. nie in Anspruch genommen, vielmehr darauf gerichtlich geklagt und erkannt worden.

§. 10.

8 Diese von den Herrn von B. auf die Lehns-Parcelen zu J. verschriebene Pfandgerechtigkeit hat vornemlich II) durch die dazu nachgesuchte und ertheilte lehnherrliche Einwilligung ihre völlige rechtliche Kraft erhalten. Der Agnaten Consens, welcher ohnedem nur ihres künftigen Successions-Rechts halber erfordert wird, kann bey diesem durch den bevorstehenden Ausgang des Mannsstammes in der Familie von B. auf den Fall stehenden Lehne J. in keine Frage kommen.

Das erste Gesuch, welches schon im Jahr 1748 sowohl die Herrn von B. als deren Gläubiger von A. bey dem damahligen Durchlauchtigsten Churfürsten von Cölln, als Bischof zu Paderborn um die lehnherrliche Einwilligung in die Lehnschuld von 3400 Rthlr. angebracht, kommt deshalb in Betracht, weil der damahlige Churfürst einen pflichtmässigen Bericht von der Lehn-Cammer zu Paderborn darüber erfordert, und in diesem Berichte die Lehns Schuld von der Beschaffenheit geachtet worden, daß die Ertheilung der lehnherrlichen Einwilligung für gegründet zu halten, und daß daher solche nur auf höchster Entschliessung des Lehnherren beruhe. Nur dadurch, daß die hochfürstliche Lehn-Cammer sich zugleich auf die schon an das Hoflager eingesandten Lehns-Acten bezogen, und deren Einsicht beschwerlich gewesen, mag der erste Aufschub veranlaßt seyn weshalb bey erfolgtem Absterben sowohl des damahls supplicirenden Vasallen von B., als des damahligen Churfürsten von Cölln die Ertheilung der nachgesuchten lehnherrlichen Einwilligung nicht erfolgt ist.

§. 11.

§. 11.

Auf den erwähnten Bericht und auf das pflichtmässige Gutachten der hochfürstlichen Lehn Cammer beruhet zugleich die von dem hohen Nachfolger im Hochstift Paderborn Fürst Bischof Wilhelm Anton unterm 21ten Febr. 1766 ertheilte lehnherrliche Einwilligung in die auf den unterpfändlich verschriebenen Lehns-Parcelen zu J. haftende Schuld von 3400 Rthlr. wodurch diese die völlige Kraft einer Lehnschuld erhalten. 9

Die Gerechtsame des Lehn-Herrn zur Ertheilung einer solchen Einwilligung sind ein Ausfluß des oberlehnherrlichen Obereigenthums-Rechts, dessen Ausübung einem Bischof als prodomino sublimi feudorum episcopatus so weit zustehet, als sie nicht durch Gesetze oder Verträge eingeschränkt ist. Aus dem Verhältnisse des Lehnmanns gegen den Lehnherrn in Rücksicht auf das nutzbare Lehns-Eigenthum ergeben sich die Gründe der Billigkeit, daß die Lehnherrn den Vasallen bey ihren und ihrer Familie Bedürfnissen durch solche lehnherrliche Bewilligung zu statten kommen: und dahin gehört insonderheit die Erheblichkeit der aufs Lehn zu versichernden Schulden. Bey den teutschen Lehnhöfen geistlicher und weltlicher Reichsfürsten ist dieses anerkannt, und nach einer gemeinen Praxis wird die nachgesuchte Einwilligung in eine Hypothek auf das Lehn bis auf dessen halben Werth nicht leicht abgeschlagen, wenn sich irgend ein erheblicher Grund zur Aufnahme von Capitalien nachweisen läßt.

Im gegenwärtigen Falle hat der Fürst-Bischof Wilhelm Anton die lehnherrliche Einwilligung in ererbten altväterlichen Schulden der Vasallen von B. ertheilt: und unter diesen sind auch nach dem §. 9. die Brautschatz-Gelder vor 1000 Thlr. welche von Wilhelm von B. ins Lehn verwandt worden. Diese Ertheilung ist auch nach der im Hochstift Paderborn verfassungsmässigen Art und Weise nemlich auf vorher erstatteten Bericht und nach ertheiltem beyfälligen Gutachten der Lehn-Cammer geschehen, welcher bey der Ausübung der lehnherrlichen Gerechtsame die pflichtmässige Besorgung anvertrauet ist. Ueberdem ist die lehnherrliche Einwilligung bloß auf die unterpfändlich verschriebenen Lehnsparcelen an Zehnt- und Korn-Gefällen und Dienstgeldern zu J. nicht aber auf das Lehngut selbst nachgesucht und ertheilet worden, eine lehnherrlich zu bewilligende Pfand-Verschreibung leidet aber weniger Bedenken, wenn sie nur auf Lehns-Zubehörungen, nicht aber aufs Lehngut selbst gelegt ist.

§. 12.

Gegen den Bestand der lehnherrlichen Einwilligung in diese Pfand-Verschreibung kann 1) der Zweifel nicht erregt werden, daß dazu die Einwilligung des Domcapitels zu Paderborn nicht zugleich nachgesucht worden. 10

Denn wenn auch a) in einigen Reichsstiftern bey dergleichen Einwilligungen die Zuziehung des Domcapitels erfordert wird, wie in

Mosers teutscher Lehnsverfassung B. 3. C. 14. S. 821.

und in

Strubens Nebenstunden Th. 1. Abh. 1. §. 17.

solches vom Hochstift Wirzburg und Bamberg bemerkt ist; so beruhet dennoch dieses auf besondern Verträgen, und gehöret zu dem besondern Rechte und der eignen Verfassung eines jeden Reichsstifts.

In Ermanglung einer besondern Stifts-Verfassung, dergleichen im Hochstift Paderborn nicht vorhanden ist, können nur die gemeinen Lehn- und canonischen Rechte eine Norm und Richtschnur bey Ausübung der fürst-bischöflichen Lehns-Gerechtsame abgeben.

In den gemeinen Lehnrechten wird b) einem Bischof und Prälaten die freye Wiederverleihung eines eröffneten Lehns zugebilliget:

II. F. 35. in f.

und die Ausübung der lehnherrlichen Rechte nirgend eingeschränkt und auf diesen Grund sind auch die Erkenntnisse des kaiserlichen Reichshofraths in den Streitigkeiten des Fürstbischofs zu Speier und seines Domcapitels im Jahr 1781

S. Neue Staats-Canzley Th. VII. Abschnitt 14.

gestellet, und darin erkannt:

> wird die Einziehung der hochstiftischen feudorum infeudari solitorum hiemit aufgehoben, und des Herrn Bischofs landes- und lehnherrlicher Willkühr lediglich überlassen, derley Lehne wieder zu verleihen.

Und folglich beruhet die zu ertheilende lehnherrliche Einwilligung in eine Lehns-Verpfändung noch mehr auf dem eigenen Ermessen des Fürstbischofes bey den hochstiftischen Lehnen.

c) Die canonischen Rechte erfordern nur zur Veräusserung der Stiftsgüter die Zuziehung des Domcapitels. Davon ist aber bey einer zu bewilligenden Lehnshypothek nicht die Frage, weil diese nur allein das nutzbare Lehns-Eigenthum des Vasallen betrifft, und saluo nexu feudali ertheilet wird, hergegen das lehnherrliche Ober-Eigenthum überall nicht angeht;

Es hat zwar d)

Rosenthal de feudis cap. IX. membr. 1. concl. 31.

den Satz aufgestellt, quod episcopus difficulter in hypothecam feudalem consentire possit, citra consensum capituli, und setzt dann diese Schwierigkeit darin, daß die bewilligte Schuld in dem Lehns-Eröffnungsfall dem Stifte zur Last fallen dürfte. Diesen Zweifel hat

Struben in den Nebenstunden Th. 1. Abh. 1.

gründlich wiederlegt denn nur in dem Fall, da das demnächst vor Abtragung der Lehnsschuld eröffnete Lehn von dem Bischof eingezogen werden sollte, kann ein dem Stift zufällig entgehender Vortheil dadurch veranlaßt werden, wenn zu der Zeit, da das Lehn eröffnet wird, die bewilligte Schuld darauf noch ruhet. Dieses enthält aber kei-

keine Veräusserung, sondern nur einen aus solcher lehnherrlichen Bewilligung zur Zeit des einzuziehenden nutzbaren Lehns-Eigenthums zufällig erwachsenden geringern Vortheil des Stifts. Auf diesen Fall kann daher die in den canonischen Rechten verbotene Veräusserung der Stiftsgüter oder deren Beschwerung mit Schulden nicht in Anwendung gebracht werden, da die Schuld nicht ein Stiftsgut, sondern bloß das dem Vasallen zustehende nutzbare Lehns-Eigenthum betrifft, welches erst durch den immer ungewissen Eröffnungsfall und zwar durch die erfolgte Einziehung des Lehns zum Stiftsgut gemacht wird.

Ohnehin ist c) dieser Fall ein ganz ausserordentlicher und im teutschen Reiche sehr selten eintretender Fall, weil die eröffneten Stiftslehne zur Aufrechthaltung der Stifts-Verfassung, welche zugleich auf der Erhaltung der Lehngüter und deshalb auf deren Wiederverleihung beruhet, wieder von neuem zu Lehn gereichet werden müssen, und bey dieser Wiederverleihung fällt der Abtrag der auf den Lehnen noch haftenden Schulden auf den damit neubelehnten Lehnsbesitzer. Dieses ist von

Struben a. a. O.

gründlich ausgeführet und deshalb behauptet worden, daß die lehnherrliche Einwilligung in eine Lehnshypothek auch nach Gründen des canonischen Rechts an die Zuziehung des Domcapitels nicht gebunden sey. Daher der in teutschen Lehnrechten und Gewohnheiten erfahrne

Veracius de consuetudinibus principatus Bambergensis sub rubro: feudum qu. 3.

beym

Ludewig in scriptoribus Bamberg Vol. I. p. 941.

mit Recht sagt, ad oppignorationem feudi ecclesiastici leges communes nullius alius, quam domini, vasalli et agnatorum consensum requirere.

§. 13.

Die von dem Fürstbischof Wilhelm Anton lehnherrlich versicherte Pfandgerechtigkeit hat auch 3) nach desselben erfolgtem tödtlichen Hintritt keiner neuen Bestätigung von dem höchsten Nachfolger im Hochstift Paderborn erfordert. II

Durch die lehnherrliche Einwilligung hat a) die von den Herrn von B. ertheilte Pfandgerechtigkeit die volle Kraft erhalten welche sie nach gemeinen Rechten und nach Gründen des Lehnrechts dem Pfand-Gläubiger zur Sicherheit des auf dem Lehn ruhenden Capitals geben kann. Sie ist einer von dem vollen Eigenthümer ertheilten Unterpfands-Gerechtigkeit gleich zu achten, weil beyde, der Vasall vermöge des nutzbaren Lehns-Eigenthums, und der die lehnherrlichen Ober-Eigenthumsrechte ausübende Lehnherr sie verliehen haben. Dabey sind auch die lehnherrlichen Ober-Eigenthumsrechte unverkürzt und ungekränkt geblieben, weil das Pfandrecht bloß das nutzbare Lehns-Eigenthum der Vasallen von B. betroffen und daher haben die Herrn von A. daraus ein vollkommenes Recht erworben, welches keiner Bestätigung bedurft hat;

Es fehlet auch b) einem Nachfolger im Hochstift an einer rechtlichen Befugniß die von dem Vorfahren im Hochstift durch eine solche ertheilte Einwilligung verliehene Gerechtigkeit zu wiederrufen oder anzufechten;

Denn der Rechtsbestand dieses verliehenen Rechts ist c) aus der Zeit der in die Bestellung eines Pfandrechts am Lehn ertheilten lehnherrlichen Einwilligung zu beurtheilen. Diese gehört zu den Regierungs-Sachen im Lehnwesen, in welchen der Fürst-Bischof das Reichs-Stift repräsentirt und dessen Gerechtsame er kraft der Oberlehnherrlichkeit ausübt, und die dazu ertheilte Einwilligung ist eine Namens des Hochstifts gegebene Einwilligung. Die Herrn von A. haben daher durch die fürstbischöfliche Einwilligung in diese Lehn-Verpfändung von solcher Zeit an ein so vollkommenes Recht am Lehn erlanget, als eine lehnherrlich bewilligte Lehnverpfändung zu geben vermag. Dieser Grundsatz, daß der Bestand eines am Lehn verliehenen Rechtes nach der Zeit der Verleihung zu beurtheilen sey, wird sogar bey den von den teutschen Kaisern ertheilten Lehnsanwartschaften anerkannt, welche nach den Rechten des Zeitpuncts, da sie verliehen sind, beurtheilt werden müssen,

Neueste Wahlcapitulation Art. 11. §. 12.

Wenn daher die lehnherrliche Einwilligung in eine Hypothek aufs Lehn indefinite und ohne Einschränkung auf eine gewisse Zeit, ertheilt ist, wie im gegenwärtigen Fall geschehen, so tritt dabey die Anwendung des Lehrsatzes ein, quod si dominus absque restrictione temporis in hypothecam feudalem consentit, hoc ipso hypotheca feudalis tamdiu in feudum sit radicata, donec debitum sit solutum vel aliter satisfactum,

Iust. Henn. Boehmer de hypotheca feudali expressa c. 1. §. 17. in exercitat. ad Pand. tom. III. N. 59.

Es ist auch d) bey den Herrn von A. keine Verbindlichkeit eingetreten, bey den höchsten Nachfolgern am Hochstift die Erneuerung der lehnherrlichen Einwilligung nachzusuchen, weil ihr Recht nur eine rechtlich erworbene Pfandgerechtigkeit an den Lehnsparcelen zu J. zum Gegenstand gehabt.

Die Verbindlichkeit, die Erneuerung des Rechts am Lehn zu suchen, tritt nur in den Fällen ein, wo die Lehn-Rechte solche erfordern oder die Natur einer nur auf gewisse Jahre ertheilten lehnherrlichen Einwilligung in das Pfandrecht es mit sich bringt. Dieses ist nicht der Fall bey einer ohne Einschränkung auf eine bestimmte Zeit in die Pfandgerechtigkeit am Lehn ertheilten lehnherrlichen Einwilligung.

§. 14.

12 Diese rechtliche Wirkung des durch lehnherrliche Einwilligung bestätigten Pfand-Rechts am Lehn tritt e) in dem Lehns-Eröffnungs-Falle eben so wohl gegen den Lehnherrn als gegen denjenigen ein, welcher von demselben ex noua gratia damit wieder belehnet worden, weil die neue Belehnung nur allein das eröffnete nutzbare Lehn-Eigenthum

thum zum Gegenstand hat, welches anders nicht als mit dem darauf haftenden dinglichen Rechte übertragen werden kann,

Struuius in synt. iur. feud. cap. 14. §. 24.
Iust. Henn. Boehmer l. c. cap. 11. §. 10.

ex hypotheca enim, consensu domini munita, quilibet possessor feudi, etiamsi causam a domino habeat, perinde ac ipse dominus tenetur,

Ge. Melch. de Ludolf in symphorematis consultationum et decis. forens. Vol. II. decis. 27. p. 1256.

neque ex nouo vel aperto feudo aliquid sequitur: sed ius reale ex oppignoratione constitutum, illi necessario inhaeret,

Idem l. c. p. 1257.

idque notissima Germaniae consuetudine generali receptum est

Vulteius de feud. lib. 1. c. 10. n. 65.

Diesem zu Folge hat f) der mit dem Lehn-Gut J. neu belehnte Herr von C. dasselbe anders nicht als mit der von den Herrn von B. auf die Lehnsparcelen dieses Guts gelegten und durch die fürstbischöfliche Einwilligung vom 21ten May 1766 bestätigten Pfand-Gerechtigkeit erhalten können. Denn durch diese ist das Pfandrecht an den Parcelen des Lehns zu J. den Herrn von A. so lange bewilliget und sie sind in dem Besitz und Genuß dieser Parcelen so lange geschützt worden, bis daß das darauf haftende Capital sammt Zinsen abgetragen worden, denn, wenn auch gleich was die Zinsen betrifft, die Nutzungen dieser Lehnsparcelen den Herrn von A. als Pfand-Inhabern statt der Zinsen überlassen sind, so bleiben dennoch auch diese Zinsen in dem Fall, da die Lehns-Nutzungen und Gefälle den Gläubigern eigenmächtig vorenthalten werden sollten, durch die auch auf die Zinsen gerichtete lehnherrliche Einwilligung gesichert, wie solches ohnedem den gemeinen Rechten gemäß ist.

I. Henn. Boehmer l. c. c. 2. §. 9.

§. 15.

Was V) die in der Geschichts-Erzählung bemerkten 2000 Rthlr. rückständige 13 Zinsen betrifft, so rühren solche aus der alten Verpfändung der Lehnsparcelen zu J. her, und sind solche durch die eigenmächtige Einziehung der von Herrn von B. den Herrn von A. wegen der fälligen Zinsen eingeräumten Pfandstücke entstanden, und haben deshalb die Herrn von A. sowohl aus der Privat-Pfandverschreibung als auch aus den ergangenen gerichtlichen Urtheilen eine Forderung an den Herrn von B. Diese Schuld ist jedoch viele Jahre vor der im Jahr 1766 lehnherrlich bewilligten Pfand-Gerechtigkeit auf die Parcelen des Lehns J. in Ansehung des Capitals von 3400 Rthlr. und dessen Zinsen contrahirt. Es leiden daher die bisher angeführten Gründe in Ansehung dieser Forderung keine Anwendung.

Ich bemerke indessen noch einen besondern Grund, welcher den Herrn von A., als Pfand-Inhabern der Lehnsparcelen zu J., jener Forderung halben nicht ohne Anschein zu statten kommen dürfte. Er bestehet nemlich in dem iure retentionis, welches einem Pfand-Inhaber auch nach Befriedigung der Pfandschuld wegen anderer persönlichen Forderungen an seinen Schuldner den Rechten nach zustehet.

Es heißt deshalb in

L. vn. C. etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse.

Si in *possessione* fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae *sine pignore debetur*, eam restituere propter exceptionem doli mali (per exceptionem retentionis) non cogeris. Iure enim contendis, debitores eam solam pecuniam, cuius nomine ea pignora obligauerunt, offerentes audiri non oportere; nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperunt.

Die Anwendung dieser Verordnung kann sonst bey einem Pfand-Inhaber eines rechtmässig verpfändeten Lehns überhaupt nicht in Zweifel gezogen werden, weil die Rechte und Wirkungen eines unter lehnherrlicher Bewilligung ertheilten Pfandrechts am Lehn aus den gemeinen römischen Rechten ihre Bestimmung erhalten. Dubium enim non est, quod creditor etiam ob chirographarium debitum beneficio dictae legis vti possit in pignore feudali: nam licet ad tale debitum consensus domini non extendendus sit; tamen non sequitur, quia ius pignoris ob id exerceri nequit, ergo nec ius retentionis. Etenim hoc in bonis feudalibus eo magis obtineri potest et debet, quo magis creditor ob simplex debitum immissionem in feudum quoad fructus eius impetrare potest,

Io. Godofr. Bauer de hypotheca feudali absque agnatorum consensu subsistente §. 22. in opusc. tom. II.

Lud. Mencke de retentione pignoris ob aliud debitum cap. 4. th. 4. seq.

Es führt auch der Cammer-Gerichts-Assessor von Ludolf

in symphor. cons. et dec. loc. cit. Vol. II. p. 1257. et sq.

einen bey dem Reichs-Cammer-Gericht in Rechtsstreit befangenen Fall an, wo für den Inhaber eines mit lehnherrlicher Einwilligung versicherten Pfandrechts am Lehn auf dieses ius retentionis ist erkannt worden.

14 So scheinbar nun dieses ius retentionis eines Pfand-Inhabers des Lehns ist, so ist solches gleichwohl in der angeführten Verordnung dem Unterpfands-Inhaber nur gegen seinen Schuldner, anderer Forderungen halber beygelegt.

Den Herrn von A. würde es daher wohl gegen die Herrn von B., als gegen ihre Schuldner, zu statten kommen, und sie würden auch wenn sie der Lehn-Schuld von 3400 Rthlr. halber befriediget worden wären, sich wegen des alten Rückstands an Zinsen von 2000 Rthlr. des iuris retentionis mit Bestand bedienen können. Dieses ist aber jetzt in Ansehung des Herrn von C. der Fall nicht. Dieser, als Neubelehnter, ist nur die auf das Lehn versicherte Schuld als ein onus feudale anzuerkennen verbunden. Er

Er stehet hergegen gegen die Herrn von A. nicht in dem Verhältniß in welchem ein Schuldner gegen seine Gläubiger sich befindet, und wenn er der Lehn-Schuld halber die Befriedigung leistet, so ist er für die übrigen Schulden der Herrn von B. zu haften nicht pflichtig. Die vorangeführten Rechtslehrer setzen daher bey der Anwendung des iuris retentionis auf einen Lehns-Pfand-Inhaber ein solches Verhältniß voraus, als dasjenige ist worin der Pfand-Gläubiger gegen seinen Schuldner steht.

§. 16.

Diesem allem zu Folge halte ich in Ansehung der vorgelegetn Frage den gemeinen und den Lehn-Rechten nach dafür: 15

Daß 1) die von den Herrn von B. den Herrn von A. altväterlicher Schulden halber auf 3400 Rthlr. constituirte und von weiland Fürst-Bischof Wilhelm Anton zu Paderborn lehnherrlich bewilligte Pfandgerechtigkeit auf den Lehnsparcelen zu J. ihre volle Kraft und Gültigkeit erhalten habe, und bis jetzt noch behalten habe,

Daß 2) die von Herrn von B. zu Gunsten des Herrn von C. in die Hände des höchsten Lehnherrn geschehene Refutation des Lehns J. und die darauf ex noua gratia demselben ertheilte neue Belehnnung dem den Herrn von A. auf die Lehnsparcelen dieses Guts lehnherrlich bewilligten Pfandrechte unnachtheilig verblieben, und seine Kraft und Gültigkeit auch gegen den Herrn von C. behalten,

Daß hergegen 3) den Herrn von A. wegen derjenigen Forderung, die ihnen gegen die Herrn von B. wegen der vordem entzogenen jährlichen Einkünfte der gedachten Lehnsparcelen auf 2000 Rthlr. zustehet, sich ein rechtlicher Anspruch gegen den Herrn von C. nicht begründen läßt. 1796.

Num. 151.

Num. 151.

RESPONSVM.

THEMATA GENERALIA.

I. Hypotheca generalis bona feudalia non afficit.

II. Is qui rem ſub pacto de retrouendendo acquiſiuit, vel eam pignoris loco poſſidet, contra creditorem antiquiorem praeſcriptione ſeſe tueri poteſt.

III. Cedens, ſi ceſſionarius promiſſis non ſtetit iuribus ceſſis vti adhuc poteſt.

Argvmenta specialia.

Species facti. n. 1.
Quaeſtio prima. n. 2.

Rationes dubitandi.

Hypotheca generalis omnia bona ſpeciatim non excepta, itaque etiam feuda afficit. n. 3.

Hypotheca a vaſallo feudo impoſita in praeiudicium vaſalli et intuitu fructuum feudi valet. n. 4.

Defectus conſenſus domini directi ab alio ac domino allegari non poteſt. n. 5.

Rationes decidendi.

Hypotheca generalis ea bona non afficit quae quis veroſimiliter obligare non voluerit. n. 6.

Ideoque feuda ſub ea comprehenſa non ſunt quippe quae vaſallus obligare nequit. n. 7.

Oppigneratio feudi a vaſallo priuato auſu facta, fructus non vlterius afficit, ac hi ad eum eiusque heredes pertinent. n. 8.

Conſenſus domini in hypothecam feudalem ad eius validitatem deſideratur, eius defectus itaque a quouis allegari poteſt. n. 9.

Quaeſtionis deciſio. n. 10.
Quaeſtio ſecunda. n. 11.

Rationes dubitandi.

Per emtionem ſub pacto de retrouendendo ius reuocabile acquiritur, ad praeſcriptionem longi temporis vero titulus irreuocabilis deſideratur n. 12.

Emtio venditio ſub pacto de retrouendendo contractui pigneratitio aequiparanda eſt. n. 13.

Rationes decidendi.

Pactum de retrouendendo non impedit, quominus dominium in emtorem transferatur. n. 14.

Oritur enim inde modo obligatio perſonalis ad rem pro accepto pretio reddendam. n. 15.

Emtor itaque rem hoc modo acquiſitam contra quemuis tertium vſucapere poteſt. n. 16.

Actioni hypothecariae a creditore praeſente motae praeſcriptio decem annorum opponi poteſt. n. 17.

Reuocabilitas tituli impedit modo praeſcriptionem contra eum cui ius reuocandi competit, non vero contra tertium. n. 18.

Quaeuis emtio venditio cui adiectum eſt pactum de retrouendendo pro contractu pigneratitio haberi nequit. n. 19.

Iuſ

Ius creditoris hypothecarii antiquius per praescriptiorem 30 vel 40 annorum extinguitur si creditor posterior rem oppignoratam possidet. n. 20.
Quaestionis secundae decisio. n. 21.
Quaestio tertia. n. 22.

Rationes dubitandi.

Moto concursu debitori eiusque heredibus non competit ius de debito vel credito transigendi. n. 23.
Qui ex pignore praetorio possidet etiam praescriptione contra antiquiorem creditorem qui hypothecam conuentionalem habet vti potest. n. 24.

Rationes decidendi.

Concursus ius disponendi intuitu eorum bonorum creditori tantum adimit quae ad concursum pertinent. n. 25.
Transactio super bonis ad concursum pertinentibus non valet nec titulus ad praescribendum habilis inde desumi potest. n. 26.
Creditor ab hypothecaria actione contra possessorem pignoris per praescriptionem non excluditur si nondum agere potuit. n. 27.
Quaestionis decisio. n. 28.
Quaestio quarta. n. 29.

Rationes dubitandi.

Etsi cessionarius pactis non steterit cedens tamen cessionem reuocare nequit. n. 30.
Transactio non infirmatur etsi altera pars eam non impleat. n. 31.

Rationes decidendi.

Creditor posterior in locum antiquiorum quibus satisfecit succedit. n. 32.
Cessionarius dominium rerum cedendarum sola conuentione non acquirit, sed opus est traditione. n. 33.
Cedens et venditor iure retentionis vti potest in re cessa vsque dum cessionarius promissis satisfaciat. n. 34.
Si cessionarius conuentioni non stat, cedenti re adhuc integra ius cessum saluum manet. n. 35.
Quaestionis decisio. n. 36.

Rechtsgutachten.

Die ausführliche Geschichts-Erzählung, welche mir um darüber mein rechtliches Gutachten zu ertheilen zugefertigt worden, ergibt mit mehrerm, daß

1) Ferdinand Gottfried Graf von B. sein freyes adliches Haus und Hovesat H. dem Freyherrn Diderich Conrad Adolph von W. zu L. für 11060 Rthlr., unter vorbehaltenem Wiederkauf gegen Erlegung des gezahlten Kaufschillings, den 16ten Aug. 1682 käuflich überlassen habe, daß ferner

2) über das Vermögen des vorbenannten Grafen von B. im Jahr 1694 vor dem weltlichen Hofgericht zu Münster ein Concurs ausgebrochen, bey welchem der Freyherr von W. sich bloß wegen zweyer andern Forderungen zu 500 und zu 700 Rthlr. gemeldet, derenthalben derselbe eine gerichtliche Immission in sieben dem Grafen von B. damahls noch eigenthümlich zugehörige Bauerhöfe erstritten; daß indessen

3) der Graf Alexander Otto von B., ein Sohn des vorgedachten Verkäufers, eine Reluitionsklage in Ansehung des wiederkäuflich verkauften Hauses H. gegen den den Freyherrn von W. erhoben habe, und daß dieser sich gegen selbige nur mit dem Einbehaltungsrechte, wegen verschiedener abgelößter auf dem Hause H. gehafteten ältern Pfand-Schulden geschützet; daß hiernächst

4) nach dem im Jahr 1708 erfolgten Absterben des Freyherrn von W. desselben hinterlassene Wittwe als Vormünderin ihrer Kinder mit dem Grafen Ernst Otto von St als gräflich V—schem Erben, im Jahr 1734 einen Vergleich eingegangen, worin unter andern das Haus H. in so weit es Lehn ist, mit vorbehaltener lehnherrlicher Einwilligung, welche der Graf von St. zu verschaffen übernommen, nebst den vorgedachten sieben Bauerhöfen der Freyfrau von W. eigenthümlich überlassen, und der vormals vorbehaltene Wiederkauf aufgehoben worden: daß immittelst

5) der Freyherr von D. wegen einer bey dem gräflich V—schen Concurse angegebenen Forderung von 30000 Rthlr., womit er in dem Erstigkeitsurtheil vom Jahr 1697. N. 24. angesetzet worden, ein allgemeines Pfandrecht an sämmtliche Güter des Grafen von V. aus einer Pfandverschreibung vom Jahr 1663 zu behaupten gesucht, und deswegen gegen die von W—ischen Erben, deren Rechte der Graf von M. vertreten, anfänglich bloß in Ansehung der obgedachten theils durch die gerichtliche Immission theils durch die Kraft des Vergleichs vom J. 1734 völlig abgetretene sieben Bauerhöfe unterm 29ten Oct. 1751 ein mandatum ad liquidandum de perceptis vna cum citatione ad videndum distrahi bona immissa bey dem Hofgericht zu Münster extrahiret, darauf aber und zwar in Rücksicht dessen, daß das Haus H. ehemals den Grafen von V. gehöret, zugleich gegen dem Herrn Grafen von M. auf editionem tituli wegen des Besitzes des Hauses H. geklagt hat, auch darauf bey dem Münsterschen Hofgericht unterm 9ten Nov. 1774 erkannt, jedoch dagegen noch die Appellation eingewandt worden ist,

Wiewohl nun indessen der Herr Graf von M. als Lehnträger der von W—ischen Erben mit dem Hause H. im Jahr 1774 belehnet worden; so ist dennoch die Klage in ihrem Fortgange geblieben, und ist leicht zu besorgen, daß das vorige Urtheil in der Appellations-Instanz bestätiget, mithin die Hauptsache selbst in gerichtliche Verhandlung gezogen werden dürfte. Bey dieser Lage der Sache entstehen nunmehr folgende Fragen:

Erste Frage.

2 Ob der Freyherr von D. mittelst der ihm zustehenden hypothecarischen Klage auch das Gut H., so weit dieses lehnrührig ist, vindiciren könne?

3 Ob nun wohl aus der dem Freyherrn von D. im Jahr 1663 ertheilten General-Hypothek an den sämmtlichen Gütern des Grafen von V. auch der Anspruch auf das Gut H., so weit es lehnrührig ist, aus folgenden Gründen zu behaupten seyn dürfte, weil 1) die Grafen von V. bey der dem Freyherrn von D. constituirten Generalhypothek keinen Unterschied unter ihren Gütern gemacht, und dadurch den Willen und die Gesinnung, so wohl Lehn als Erbe zu verschreiben, zu erkennen gegeben, welches noch klärer aus den Worten der Pfandverschreibung selbst, wenn sie demnächst produciret werden sollte, sich um so wahrscheinlicher ergeben dürfte, weil dergleichen Bestellung einer General-Hypothek gemeiniglich in solchen Ausdrücken zu geschehen pflegt, daß alle

alle Güter, sie mögen Namen haben wie sie wollen, nichts davon ausgenommen, darunter begriffen seyn sollen, und wenn daher

2) die Gesinnung der Grafen von V., die Hypothek auch auf die Lehnstücke zu richten, angenommen werden könnte, der Bestand einer solchen Verpfändung daher hergeleitet werden dürfte, daß ein Vasall ein Lehngut wenigstens zu seinem und seiner Erben Nachtheil mit einer Hypothek belegen, und dieses in Ansehung der Lehns-Nutzungen, welche allodial sind, zur Sicherheit verschreiben könne, valet enim hypotheca absque domini consensu constituta, quoad vasallum obligantem, et eius descendentes et valebit quoque quoad fructus feudi, 4

Stryk de cautel. contract. Sect. 2. c. 4. §. 13.

I. H. Boehmer de hypotheca feud. expressa c. 2. §. vlt.

daraus aber dem Freyherrn von D. die Folge zu statten kommen möchte, daß er wenigstens in die Nutzungen des Lehns H. die Immission begehren und daraus die Befriedigung suchen könne, überdem

3) der Mangel der lehnherrlichen Einwilligung bey der Lehnshypothek eine exceptionem de iure tertii zu enthalten scheinet, indem darauf zwar der Lehn-Herr sich zu stützen vermag, selbiger jedoch den von W—ischen Erben, als dritten Besitzern, nicht zu statten kommen möge, bevorab diese selbst die lehnherrliche Einwilligung in dem Vergleich vom Jahr 1734 noch nicht erlanget. 5

D. a. u. d. so allgemein auch die von dem Grafen von V. dem Freyherrn von D. ertheilte General-Hypothek gefaßt seyn mag, dennoch darunter die Lehn-Stücke und Güter für begriffen nicht gehalten werden können, immaßen 6

1) eine General-Hypothek solche Güter, die ein Pfandgeber wahrscheinlicher Weise nicht verpfänden wollen, schon nach gemeinen Rechten nicht unter sich begreift, obligatione generali rerum enim, quae quis habuit, habiturusue sit, ea non continentur, quae verisimile est, quemquam specialiter obligaturum non esse

L. 6. D. de pignor. et hyp.

C. 81. de reg. iur. in 6.

und darauf die Folge beruhet, daß weil ein Vasall die Lehngüter nicht verpfänden darf, er auch solche unter der allgemeinen Verschreibung zu Pfandrecht zu verschreiben nicht gesonnen gewesen, hierauf auch die Verordnung der Lehnrechte gegründet ist, quod in generali alienatione vasalli non continetur feudum, nisi nominatim dictum sit 7

II. F. 26. §. 17.

nec in venditione beneficium continoatur, nisi expresse de eo actum sit,

II. F. 51.

aus solchen klaren Gründen aber die Rechtslehrer mit vollem Bestand behaupten, quod sub generali obligatione omnium bonorum non comprehendantur bona feudalia

Struvius in synt. iur. feud. cap. 13. aph. 7. n. 5.

Schrader de feud. Part. VIII. c. 1. n. 23.

Rosenthal de feud. cap. 9. concl. 13.
Mevius Part. IV. dec. 321.

8 So wenig daher

2) die General-Hypothek vom Jahr 1663 auf das Lehn zu H. und auf dessen Substanz gezogen werden kann, eben so wenig solche das Lehn in Rücksicht auf die Lehns-Nutzungen, als dessen accessoria, afficiren mag, wohlerwogen wenn gleich die Lehns-Nutzungen des Lehns zu H., so lange der Graf von B. oder dessen Sohn solche aus dem Lehn zu erheben gehabt, als Allodial-Stücke der allgemeinen Hypothek unterworfen gewesen, dennoch solches weder in Ansehung des ex pacto familiae succedirenden Lehnfolgers, des Grafen von St., noch auch in Ansehung der Freyfrau von W., welche das Lehn zu H. durch den Vergleich vom Jahr 1734 erhalten, von einiger Wirkung seyn können, weil die vom Lehn zu H. gefallenen oder noch zu erhebenden Früchte nicht dem Schuldner, Grafen von B., sondern den dritten Besitzern zugehöret, fructus enim, qui numquam debitoris fuerunt, non veniunt in actionem hypothecariam

L. 1. §. 2. D. de pignor.

immaßen niemals eine Hypothek, durch welche die Lehns-Nutzungen bey einem dritten Besitzer unter eine Hypothek sollten gezogen werden können, auf der Substanz des Lehnguts H. gehaftet; Vbi enim feudum ad successorem, multo magis si ex alienatione ad alium peruenit, tunc contra fructus feudi non est actio, scilicet hypothecaria, quia non sunt defuncti vasalli, sed successoris, cuius bona, nisi consentientis, defuncto obligare non licet. Exinde cum contra feudi successorem ex generali bonorum obligatione actio hypothecaria instituereiur: illam nec contra ipsum feudum nec contra fructus feudi locum habere, pronuntiatum est:

Mevius P. VI. dec. 353.

9 3) endlich da die lehnherrliche Einwilligung zur Gültigkeit und zum Rechtsbestand einer Lehnshypothek erfordert wird

II. F. 55.
Struvius in synt. iur. feud. cap. 13. aph. 7.
Boehmer de hypotheca feudali expressa c. 1. §. 3. et seq.

daraus von selbst sich ergibt, daß die exceptio deficientis consensus domini directi einen wesentlichen Mangel der Lehnshypothek, und nicht bloß das Recht des Lehnherrn, betrifft, und deshalb die Freyherrn von D. aus der allgemeinen Hypothek nie ein Pfandrecht auf das Lehn zu H. zu erlangen vermocht; dahergegen wenn die Freyherrn von D. sich des Einwandes, daß die lehnherrliche Einwilligung in den Vergleich vom Jahr 1734 noch nicht ertheilt sey, bedienen sollten, solches eines Theils eine exceptionem de iure tertii in sich fassen, und die von W—ischen Erben darauf sich einzulassen nicht schuldig, andern Theils solche durch die im Jahr 1774 erfolgte Belehnung des Herrn Grafen von M. wodurch derselbe, als Lehnträger der von W—ischen Erben, von dem hohen Lehnherrn ausdrücklich zum Vasallen angenommen, und dadurch

durch die Einwilligung in die auf denselben geschehene Uebertragung des Lehns auf eine thätige Weise ertheilet ist, hinlänglich erlediget wird:

Als halte ich den Rechten nach dafür:

daß dem Freyherrn von D. aus der allgemeinen Hypothek an den von B— 10 schen Gütern eine Hypothek an dem Lehn zu H. nicht zustehet, und derselbe mit einer hypothecarischen Klage weder dieses Gut, so weit es lehnrührig, noch auch dessen Lehns-Nutzungen in Anspruch zu nehmen berechtiget sey.

Zweyte Frage.

Ob die dem Freyherrn von D. auf das Gut H. in so weit es allodial und 11 durch den Contract vom Jahr 1682 dem Freyherrn von W. mit Vorbehalt des Wiederkaufs verkauft ist, zugestandene Hypothek nicht verjähret sey, und diese Verjährung nicht bereits vom Jahr 1682 ihren Anfang genommen?

Wiewohl nun gegen die in Frage stehende Verjährung eingewandt werden dürfte, 12 daß

1) der Kauf, unter welchem der Freyherr von W. das Haus H., so weit es allodial ist, an sich gebracht als ein wiederruflicher Titel anzusehen sey, indem der Verkäufer, Graf von B., den Wiederkauf desselben gegen Erlegung des bedungenen Kaufschillings von 11060 Thlr. sich ausdrücklich vorbehalten, und hinwiederum der Käufer, Freyherr von W. für sich und für seine Erben in solchem Fall zu dessen Wiederabtretung sich verbindlich gemacht, gleichwohl eine praescriptio longi temporis auf einen titulum reuocabilem nicht gegründet werden könne,

L. 13. pr. D. de mort. causa donat.

auch hieben

2) in Betracht kommen will, daß ein unter bedungenem Wiederkauf geschlossener 13 Kauf nach verschiedener Rechtslehrer Meinung einem Pfand-Contracte gleich geachtet wird, und daher nicht einmahl pro titulo ad dominium transferendum habili gehalten werden dürfte, indem der Kaufschilling dabey die Stelle des Pfandschillings, und das verkaufte Grundstück die Stelle des eingegebenen Unterpfands vertritt, auch der vorbehaltene Wiederkauf für eine Wiedereinlösung des Unterpfands anzusehen, mithin darunter ein Pfand-Contract verborgen liege, wie

Thomasius de vsu practico distinctionis inter emtionem cum pacto de retrouendendo et contractum pignoratitium cap. 3. §. 5. sq.

Ioach. Potgiesser de iure pignoris sect. 3. c. 1. §. 1.

bemerket, diesem auch im gegenwärtigen Falle hinzutritt, daß in dem Kaufcontracte vom 16ten Aug. 1682 in dem Falle, daß aus den Einkünften des Guts H. die jährlichen Renten von fünf Procent nicht sollten zu erzwingen gewesen seyn solcher Abgang neben dem Kaufschillinge bey dem Wiederkauf ersetzet werden solle:

D. a. u. d. den von W—ischen Erben aus dem im Jahr 1682 über das Haus 14 H. eingegangenen Kauf eine doppelte Verjährung gegen den Freyherrn von D. in

Ansehung des von ihm aus der hypotheca generali de a. 1663 gemachten Anspruchs zu statten kommt, immaßen I) der im Kaufcontract vom Jahr 1682 enthaltene titulus zur Begründung der praescriptionis longi temporis von 10 Jahren, wenn die Vorfahren des Freyherrn von D. im Hochstift Münster gegenwärtig gewesen, oder von 20 Jahren, wenn sie von da abwesend gewesen seyn sollten, für völlig hinlänglich zu halten,

indem 1) der bey diesem Kauf vorbehaltene Wiederkauf die Art und Eigenschaft des wirklich geschlossenen Kaufs, als eines tituli dominium translatiui, nicht ändert, noch auch die Wirkung des dadurch übertragenen Eigenthums hindert, sondern nur die Verbindlichkeit zur Wiederabtretung der gekauften Stücke gegen den erlegten Kaufschilling wirket,

L. 2. C. de pact. inter emt. et vendit. conpositis.
Lauterbach in coll. th. pract. lib. 18. tit. 1. §. 97.
Voetius ad Pand. lib. 18. tit. 3. n. 7.
Carpzov in iurispr. for. P. II. c. 1. def. 16.
Gail lib. II. obs. 16.

15 folglich 2) der titulus emtionis venditionis nicht für wiederruflich gehalten werden kann, weil der Verkauf auf das vollkommenste vollzogen, nicht aber sub conditione resolutiua eingegangen ist, sondern dabey nur der Wiederverkaufs-Vertrag verabredet, und dadurch nur die persönliche Verbindlichkeit, das Gut H. gegen Erlegung des Kaufgelds dem Verkäufer wieder abzutreten, begründet worden, diesem zu Folge

16 3) der Freyherr von W., dessen nachgelassene Wittwe und Erben kraft des erlangten wahren und rechtsbeständigen Titels das durch den Kauf erlangte Recht binnen der Zwischenzeit, in welcher der Wiederkauf vorbehalten werden, gegen jeden Dritten der an die auf diese Weise erworbene Sache einen aus dem Eigenthumsrechte hergenommenen Anspruch machen können, füglich haben verjähren können, medio enim tempore emtor dominus est,

L. 4. §. 3. D. de addictione in diem.

ideoque cum perfecta sit emtio inter emtorem et venditorem, vsucapio procedit,

L. 2. §. 4. D. pro emtore.
Lauterbach l. c. lib. 41. tit. 4. §. 1.

Und da

17 4) dieses in den Rechten gegründet ist, auch die von W—ischen Erben sich auf die Verjährung von der Zeit des Kaufcontracts vom Jahr 1682 an, gegen die Freyherrn von D. in Ansehung des aus der General-Hypothek behaupteten Pfandrechts mit Rechtsbestand beziehen können, um damit die hypothecarische Klage abzulehnen: diuturnum enim silentium, longi temporis praescriptione corroboratum, creditori pignus persequenti inefficacem actionem constituit,

L. 1. C. si aduersus creditorem praescriptio opponatur.

cum praesentibus creditoribus decem annorum praescriptio opponi possit

L.

L. 2. C. eod.

dahergegen

5) das Einwenden, daß der von dem Freyherrn von W. erlangte Titel wiederruflich sey, eines Theils ungegründet ist, weil hier kein Fall vorhanden ist, wo das erlangte Recht entweder aus der rechtlichen Natur des Titels mithin ex legis dispositione noch auch ex conditione resolutiua, die hier mangelt, zu existiren aufhöret, andern Theils auch deshalb unerheblich ist, weil der titulus reuocabilis die Verjährung nur gegen den reuocantem verhindert, hergegen der Verjährung, in so ferne sie gegen einen Dritten vollführet werden soll, nicht entgegen stehet 18

L. 13. L. 33. D. de mort. caus. donat.

Lauterbach l. c. lib. 39. tit. 6. §. 32.

Eben so wenig

6) der Einwand, daß in den Kaufcontract vom Jahr 1682 eine Art des Pfand-Contracts verborgen liege für erheblich zu halten, weil eines Theils der ganze Inhalt dieses Contracts ergibt, daß die Gesinnung der Contrahenten auf die Schliessung eines Kaufs und Verkaufs unter Vorbehalt des Wiederkaufs gerichtet gewesen, gleichwohl bey Beurtheilung eines Rechtsgeschäfts darauf zu sehen, quid actum sit inter contrahentes 19

L. 34. D. de regul. iur.

andern Theils es eine erlaubte Cautel ist, dasjenige, was zur Sicherheit einer Forderung pfandweise gegeben werden konnte, sich unter der Eigenschaft eines Verkaufs unter dem vorbehaltenen Wiederkauf einräumen zu lassen, woraus ein Gläubiger diesen erlaubten Vortheil gewinnet, quod per venditionem sub pacto de retrouendendo dominium in creditorem transferatur, in contractu pignoratitio vero debitor dominium rei oppignoratae retineat

de Pufendorf obs. iur. tom. II. obs. 75. in f.

Hiernächst II) auch in dem gesetzten Falle, daß der Kaufcontract vom Jahr 1682 gegen dessen wahren Inhalt unter der Eigenschaft eines Pfand-Contractes angesehen werden könnte, dennoch der Freyherr von W. und dessen Erben zum mindesten ein handhabendes Unterpfand an dem Gut H. erlangt haben, und sie alsdann gegen den aus der ältern Hypothek des Freyherrn von D. gemachten Anspruch durch die praescriptionem longissimi temporis völlig bedeckt seyn würden, anerwogen 1) die Rechte klar verordnen, daß daß ältere Pfandrecht eines Gläubigers gegen den jüngern Gläubiger, der die verpfändete Sache aus einem jüngern Pfandrecht in Besitz hat, binnen 30 Jahren nach Absterben des gemeinschaftlichen Schuldners oder binnen 40 Jahren bey dem Leben desselben verjähret werde, und dahin die deutliche Verordnung Justinians gerichtet ist, creditori quidem anteriori, donec debitor communis viuit, non posse opponi triginta annorum exceptionem, sed locum esse quadraginta annorum praescriptioni: ex quo vero in fata sua debitor decesserit, ex eo quasi suo nomine possidentem posse- 20

posteriorem creditorem merito posse triginta annorum opponere praescriptionem; et secundum hanc distinctionem computationem temporum adhibendam esse, vt ex persona sua posterior creditor triginta annos, per quos ipse post mortem debitoris possedit opponat

L. 7. §. 2. C. de praescriptione XXX. vel XL. annor.

solchemnach der Freyherr von W. und dessen Erben wenn sie auch bloß als jüngere Pfand-Inhaber betrachtet werden, von Zeit des Absterbens des Grafen Ferdinand Gottfried von V. mittelst der Verjährung von 30 Jahren, und wenn sie die Zeit, da der Graf von V. gelebet, dazu rechnen, vom Jahr 1682 an durch eine Verjährung von 40 Jahren gegen den aus der ältern Hypothek des Freyherrn von D. erst im Jahr 1751 gemachten Anspruch mit vollem Bestand sich schützen können,

Diesem auch 2) nicht entgegen stehet, daß der Freyherr von D. seine Forderung gegen den Gemein-Schuldner in dem im Jahr 1694 erregten Concurse angegeben, indem solches den Inhabern des Guts H. um so mehr unschädlich geblieben, als das Gut H. nicht zum Concurs gezogen worden, noch als ein viele Jahre bereits verkauftes Gut dahin gezogen werden können, hergegen die Freyherrn von D. den Anspruch aus ihrer ältern Hypothek gegen die von W—ischen Erben ehe nicht als im Jahr 1751 angebracht, wo gegen sie die praescriptio extinctiua longissimi temporis schon längst vollendet worden:

als erhellet hieraus allenthalben so viel, daß

21 1) die dem Freyherrn von D. auf das Gut H., in so weit es allodial und durch den Contract vom Jahr 1682 dem Freyherrn von W. mit Vorbehalt des Wiederkaufs verkauft ist, zugestandene Hypothek durch die praescriptionem longi temporis verjähret ist, und diese Verjährung bereits vom Jahr 1682 ihren Anfang genommen habe, auch

2) in dem gesetzten Falle, daß der Kaufcontract bloß nach der Eigenschaft eines Pfandcontracts betrachtet werden könnte, dennoch das ältere Pfandrecht des Freyherrn von D. gegen den Freyherrn von W. und dessen Erben, wenn sie auch bloß als Pfand-Inhaber von H. anzusehen wären, durch die praescriptionem longissimi temporis gänzlich getilgt worden.

Dritte Frage:

22 Ob, wenn die Verjährung von dem Jahr 1682 nicht sollte haben angehen können, nicht a) dieselbe von dem Jahre 1734 und von dem Zeitpunct des zweyten Vergleichs habe anfangen können, und

b) in dem Zwischenraume vom Jahr 1734 bis 1751 in welchem die von W. wegen sämmtlicher in dem Vergleich vorgemeldeter Güter nicht interpelliret worden sind, nicht vollendet sey?

23 Ob nun wohl der vornehmste Zweifel gegen die auf den Vergleich vom Jahr 1734 zu bauende Verjährung 1) von dem in Zweifel gezogenen Rechtsbestande dieses Ver-

gleichs

gleichs genommen werden dürfte, indem schon seit dem Jahr 1694 ein Concurs über das gräflich V—ische Vermögen erregt und darin im Jahr 1697 ein Erstigkeits-Urtheil gefället, hergegen die darin angesetzten Gläubiger mit ihren Forderungen noch nicht befriediget worden, und daraus die Folge gezogen werden dürfte, daß der Graf von St., als Testaments-Erbe der Grafen von V., die Macht und rechtliche Befugniß nicht gehabt habe mit der Freyfrau von W wegen ihrer gehabten ansehnlichen Forderungen einen Vergleich einzugehen; im Fall aber dieser Vergleich an und für sich bestehen könnte, solches auch

II) in Ansehung der darin §. 4. begriffenen und abgetretenen sieben Bauerhöfe zu behaupten und der vorberegte Zweifel dadurch abzulehnen seyn möchte, daß wenn gleich 24

1) der Freyherr von W. in Ansehung der bey dem von V—ischen Concurse liquidirten und im Erstigkeits-Urtheile N. 23. angesetzten Forderungen von 500 und von 700 Rthlr. die Immission in die sieben Bauerhöfe im Jahr 1696 erstritten, dennoch derselbe dadurch schon ein pignus praetorium an diesen Grundstücken erhalten, welches mit einem pignore conuentionali nach Maaßgebung des

L. vlt. C. de rebus auctorit. iud. possidendis.

gleiche Rechte habe, mithin da nach dem im Jahr 1708 erfolgten Absterben des Freyherrn von W. dessen Gemahlin solche Grundstücke bis zum Jahr 1734 im Besitz gehabt, solche auch verschiedener anderer Forderungen halben iure retentionis unter sich behalten können,

L. vn. C. etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse.

derselben schon daraus die praescriptio longissimi temporis gegen die von D—ische ältere Hypothek zuzueignen sey,

L. 7. §. 2. C. de praescript. 30 vel 40 annor.

Folglich auch nachdem darauf

2) die gedachten sieben Grundstücke der Freyfrau von W. durch den Vergleich vom Jahr 1734 eigenthümlich abgetreten worden, nunmehr auf diesen aus dem Vergleich erlangten Titel die praescriptio longi temporis gegen die Hypothek des von D. sich begründen zu lassen scheinet:

D. a. u. d. bey rechtlicher Beurtheilung dieser Frage unter den Gütern, welche nicht zum gräflich-V—schen Concurs gezogen, und unter den Gütern, welche dahin gezogen worden, ein gegründeter Unterschied zu machen ist, wobey I) so viel die erstern betrifft, der Vergleich zwischen dem Grafen von St. und der Freyfrau von W. über solche mit allem Bestand eingegangen werden können, weil der Concurs keine andere Güter des debitoris communis betrifft, als welche entweder durch die immissionem creditorum in bona debitoris oder durch cessionem bonorum a debitore factam zur gemeinschaftlichen Concursmasse gebracht werden können, gleichwohl 25

1) das Gut H., in so fern es allodial ist, viele Jahre vor erregtem Concurse und bereits im Jahr 1682 dem Freyherrn von W. käuflich überlassen worden, und in so fern es lehnrührig ist zum Concurs nicht gezogen werden können, noch auch dahin gezogen worden, wohlfolglich der Graf von St. als gräflich V—scher Lehn- und Allodial-Erbe, nach eigenem Rechte mit der Freyfrau von W. über solche im Concurs nicht begriffene Güter zu disponiren berechtiget gewesen,

mithin 2) die Freyfrau von W. aus solchem Vergleich einen iustum titulum und daraus ein neues Recht an dem Gut H. erhalten, worauf sie eine Verjährung gegen einen jedweden Dritten, der an das Gut einen Anspruch haben mögen, begründen kann, qui enim ex causa transactionis causam possidendi habet, vsucapere potest

L. 8. C. de vsucapione pro herede et transactione.
L. 29. D. de vsucapionib.

solchem zu Folge

3) die W—ischen Erben aus solchem Vergleich sich mit der praescriptione longi temporis zu Ablehnung des von den Freyherrn von D. aus der General-Hypothek vom Jahr 1661 gemachten Anspruchs Kraft des

L. 1. et 2. C. si aduersus credit. praescript. opponat.

eben so wohl schützen können, wie sie solches schon aus dem bey den beyden ersten Fragen ausgeführten Rechte zu thun berechtigt sind;

In so fern aber II) dieser Vergleich über Grundstücke geschlossen worden, welche zu dem gräflich V—schen Concurs gehört haben, solcher den von W—ischen Erben keine titulum praescribendi zu geben vermag, und dahin die in dem Vergleich §. 4. abgetretenen sieben Bauerhöfe gehören, in welche der Freyherr von W. die Immission in den Concurs erstritten, wohlerwogen

1) ein Gemein-Schuldner nach dem über sein Vermögen erregten Concurs die rechtliche Befugniß verliehrt, über das im Concurs gezogene und zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger ausgesetzte Vermögen zu disponiren,

L. 6. §. 7. L. 24. D. quae in fraud. credit. facta sunt.
Mevius P. IV. dec. 142.

Und daher

2) der Graf von St., als Testaments-Erbe des Grafen von V., die rechtliche Befugniß nicht weiter gehabt, diese Grundstücke der Freyfrau von W durch einen Vergleich eigenthümlich zu übertragen, und in diesem Betracht solcher Vergleich, in so weit er diese Grundstücke betrifft, keinen rechtlichen Titel zur praescriptione longi temporis gegen die Ansprüche der Gläubiger wirken kann,

und ob zwar, so viel die vorangeführten Zweifel betrifft,

ad 1. den von W. ein pignus praetorium aus der Immission in die sieben Bauerhöfe und dabey das ius retentionis in Ansehung der übrigen Forderungen zugestanden, dennoch

dennoch sie darauf eine vor dem Vergleich v. J. 1734 vollendete praescriptionem longissimi temporis deshalb nicht gründen können, weil der Freyherr von D., so lange die gerichtliche Immission gedauert, nicht klagen können, creditor vero ab hypothecaria actione contra possessorem rei oppignoratae non excluditur per praescriptionem, vbi agere nondum potuit,

Mevius P. VII. dec. 192.

ihm auch das ius retentionis wegen anderer hypothecarischer jüngerer Forderungen, in Ansehung dessen, daß er eine ältere General-Hypothek für sich hat, nicht entgegen gesetzet werden können,

folglich da

ad 2) die von W. eine praescriptionem longissimi temporis vor dem eingegangenen Vergleiche in Ansehung dieser Grundstücke nicht zu begründen vermögen, alles nunmehr auf den Vergleich v. J. 1734 ankommt, und wenn gleich solcher von der Freyfrau von W. unterm besten Glauben geschlossen worden, dennoch selbiger in Ansehung dieser Grundstücke und in Ansehung der mangelnden Befugniß über diese zu transigiren, keinen rechtlichen Titel geben kann, ohne welchen die praescriptio longi temporis nicht bestehet:

Als ergehet mein rechtliches Gutachten dahin:

Daß ungeachtet die von W—schen Erben sich gegen den Anspruch des Freyherrn von D. schon mit der vom Jahr 1682 anzurechnenden Verjährung schützen können, ihnen dennoch 1) unbenommen verbleibt, die Verjährung gegen gedachte Forderung in Ansehung des Guts H. ebenfalls durch den Vergleich vom Jahr 1734 zu fundiren, 28

hergegen

2) in Ansehung der vordem zu dem gräflich V—schen Concurs gezogenen Grundstücke aus gedachten Vergleich ein rechtlicher Grund zur praescriptione longi temporis gegen den von D—ischen Anspruch nicht genommen werden kann.

Vierte Frage.

Ob nicht allenfalls die in dem Vergleiche vom Jahr 1734 dem Grafen von St. cedirten und von den von W. für die Grafen von V. bezahlten Forderungen und also auch das damit verknüpfte Pfandrecht als ein Accessorium noch subsistire, da von Seiten des Grafen von St. der Vergleich nicht erfüllt ist. 29

Ob nun zwar 1) der Inhalt des Vergleichs vom Jahr 1734 ergibt, daß die Freyfrau von W. die für die Grafen von V. bezahlten Schuld- und Pfandverschreibungen gegen die ihr hinwiederum abgetretenen Grundstücke darin aufs bündigste cedirt hat, und daraus die Folge gezogen werden möchte, daß ungeachtet der Graf von St. den Vergleich in allen Puncten nicht erfüllt hat, auch in der Verbindlichkeit steht, wegen der sieben Bauerhöfe die Gewähr zu leisten, dennoch die von W—schen Erben 30

auf jene abgetretenen Pfandrechte sich nicht weiter beziehen können, weil sie solche auf den Contraventionsfall sich nicht vorbehalten, und verschiedene Rechtslehrer der Meinung sind, quod etiamsi cessionarius pactis et conuentis non steterit, cedens tamen non possit reuocare cessionem

Voetius in comment. ad Pand. lib. 18. tit. 4. n. 16.
Lauterbach in coll. th. pract. lib. 18. tit. 4. §. 53.

Und wenn gleich

31 2) der Graf von St. den Vergleich vom Jahr 1734 nicht erfüllet hat, dennoch daraus die von W—ischen Erben nur das Recht, auf dessen Erfüllung zu klagen, erlanget, so wie sie solches durch die vor vielen Jahren schon erhobene Klage gethan, hergegen auf ihrer Seite kein Recht zu erwachsen scheinet von dem Vergleich abzugehen und eines darin abgetretenen und cedirten Rechts sich weiter zu bedienen, cum transactio vnius partis perfidia non infirmetur

Wernher obs. for. P. 3. obs. 173.
Leyser spec. 46. m. 5.

32 D. a. u. d. 1) zuvörderst keinem Zweifel unterworfen ist, daß die Freyfrau von W. durch die Befriedigung der ältern Gläubiger, welche ein älteres Pfandrecht an den von V—schen Gütern gehabt, in deren Pfandrechte getreten und ipso iure in selbige succedirt ist

L. 11. §. 4. L. 12. §. 8. D. qui potior. in pign.
L. 3. 4. C. de his qui in priorum creditorum locum succedunt.
L. 1. C. qui potiores in pignore habentur.
Gust. Bernh. Beemann de successione creditoris in alterius locum §. 17.

33 Hiernächst 2) die Freyfrau von W. das Recht, welches sie an den Schuld- und Pfand-Verschreibungen erworben, in dem Vergleich vom Jahr 1734 dem Grafen von St. nicht schlechterdings, sondern nach der im Art. 10. enthaltenen Abrede nur dergestalt abzutreten versprochen

> daß nachdem derselben die oben in articulo 5. specificirten Güter ganz frey von Schulden eingeliefert, und die oben Art. 6. benannten Gelder baar und richtig bezahlt seyn werden, sie die in Händen habenden Original-Verschreibungen dessentwegen ergangene sententias, mandata, immissiones, und manutenentias, sammt einer über jedwede Verschreibung separatim ausgefertigten und mit ihrer eigenen Hand unterschriebenen Cession extradiren und aushändigen wolle,

gleichwohl 2) bey jeder Cession der Titel und der modus acquirendi eben so wohl, wie bey andern Acquisitionen zu unterscheiden ist, und in diesem Vergleiche zwar die Abrede enthalten ist, kraft deren die Freyfrau von W. Art. 1. gedachte Schuld- und Pfand-Verschreibungen gegen die dagegen abzutretenden Grundstücke zu übertragen versprochen, und in dem Maasse übertragen hat, jedoch dieses nur den titulum cessionis enthält, durch welchen ein Cessionarius eben so wenig, als ein Käufer durch eine bloß

bloß in einem Kaufcontract ertheilte Erklärung das Eigenthumsrecht erlanget, folglich auch der Graf von St. durch die in dem Vergleich mittelst einer bloßen Erklärung geschehene Abtretung die Rechte an den Pfandverschreibungen zu erhalten nicht vermocht, non nudis enim pactis et cessionibus, sed traditionibus transferuntur rerum dominia,

L. 20. C. de pactis.
Mevius P. VII. dec. 153. n. 12.

vielmehr zu der völligen Vollführung dieser versprochenen Cession selbst in dem Vergleich Art. 10. theils die Ablieferung der Schuld- und Pfand-Verschreibungen mit dem, was diesem anhängig ist, theils einer bey jeder derselben separatim zu leistenden Cession, als ein modus acquirendi, erfordert worden,

jedoch 3) solche völlige Uebertragung in besagtem Art. 10. des Vergleichs bis 34 zu dessen erfolgter Erfüllung annoch ausgesetzt, und dadurch der Freyfrau von W. zur Sicherheit des zu erfüllenden Vergleichs und dessen 5ten und 6ten Artikels das ius retentionis an den abzutretenden Schuld und Pfand-Verschreibungen bedungen ist, so wie ihr solches auch schon aus den gemeinen Rechten zugestanden, nam et venditor pignoris loco, quod vendidit, retinet, quoad emtor satisfaciat

L. 31. §. 8. D. de aedilit. edict.
L. 13. §. 8. D. de act. emt. vend.
L. 22. D. de heredit. vend.

Solchem zu Folge 4) die in Frage stehenden Schuld- und Pfandrechte noch zur Zeit den Grafen von St. für cedirt und abgetreten nicht geachtet werden können, vielmehr die von W—ischen Erben in deren Besitz annoch wegen des iuris retentionis stehen, folglich mit solchem Pfandrechte sich gegen den Anspruch des Freyherrn von D. zu schützen, und darauf die exceptionem pignoris antiquioris per successionem in locum anteriorum creditorum acquisiti begründen können, woraus zugleich

5) der ad 1) angeführte Einwand, daß die Cedenten sich ein Pfandrecht auf den 35 Fall der Nichterfüllung des Vergleichs nicht ausdrücklich vorbehalten haben, sowohl in facto als in iure sich erledigt, indem eines Theils der 10te Artikel des Vergleichs einen stillschweigend bewilligten Vorbehalt in sich faßt, weil darin, daß die Schuld- und Pfand-Verschreibungen erst nach erfolgter Erfüllung der im 5ten und 6ten Artikel bemerkten Vergleichs-Puncte abgeliefert, und jede separatim cedirt werden solle, verabredet worden, andern Theils die Natur und Eigenschaft einer wechselseitigen Verbindlichkeit, welche bey dem Vergleiche sowohl als bey dem Verkaufe, unter dessen Form der Vergleich selbst geschlossen worden vorhanden ist, das ius retentionis wirkt, solches auch die von W—schen Erben actu exercirt, und daher sämmtliche Urkunden noch im Besitz haben, mit deren Production sie sich zu dem daraus erlangtem ältern Pfandrechte legitimiren können, wie denn auch die Rechtslehrer mit Grund behaupten, daß ein Cedent, im Fall der Cessionar das Gegenversprechen nicht erfüllet, sich

des abzutretenden aber noch nicht wirklich abgetretenen Rechts mit Bestande bedienen könne, si enim cessio facta est ob causam, quam cessionarius non adimpleuerit, hoc casu cedens re adhuc integra ius cessum saluum seruat

Io. Sande de cessione actionum cap. XII. §. 7.
Mynsinger Cent. 3. obs. 96.

und was dagegen

Voetius l. c. lib. 18. tit. 4. §. 16.

erinnert, quod cessio in praeiudicium cessionarii non possit reuocari, in dem gegenwärtigen Falle in keine Anwendung kömmt, weil weder die in dem Vergleiche geschehene Cession zur Erfüllung gediehen, noch auch von einer zum Nachtheil des Cessionars zu unternehmenden Wiederrufung die Frage ist, sondern es darauf allein ankömmt, das die von V—ischen Erben das Pfandrecht kraft des daran habenden iuris retentionis an die Grafen von St. noch nicht abgetreten, noch abzutreten schuldig gewesen, mithin sie sich dessen gegen den Anspruch eines jeden Dritten mit vollem Bestande bedienen können,

Darneben ad 2) den W—ischen Erben außer dem Recht, die Erfüllung des Vergleichs zu suchen, auch das auf dem iure retentionis beruhende Rechtsmittel zusteht, dessen sie sich so lange, bis der Vergleich erfüllt worden, bedienen, mithin das aus den abzutretenden Urkunden erworbene Recht in Besitz und Genuß behalten und damit gegen jeden Dritten sich schützen können, und zu solchem Zwecke die Aufhebung des Vergleichs zu suchen nicht nöthig haben:

als bin ich der rechtlichen Meinung:

36. daß da der Vergleich vom Jahr 1734 von Seiten des Grafen von St. noch zur Zeit nicht erfüllt worden, die demselben kraft dieses Vergleichs abzutretenden und von den von W. für die Grafen von V. bezahlten und eingelößten Forderungen und das damit verknüpfte Pfandrecht, in welches sie durch die Bezahlung solcher Forderungen getreten, um so gewisser annoch subsistire, als sie dasselbe vermöge des 10ten Artikels des Vergleichs vor dessen erfolgter Erfüllung abzutreten und völlig zu cediren, nicht schuldig gewesen. 1782.

Num. 152.

Num. 152.
RESPONSVM.

THEMA GENERALE.
De effectu doli et vis a tertio adhibitae.

Argumenta specialia.

Species facti. n. 1.
Quaestiones propositae. n. 2.

Rationes dubitandi.

Prima inuestitura fundamentum successionis feudalis est. n. 3.

Feudum pro aperto haberi nequit, dum aliquis superest cui ex prima inuestitura ius competit. n. 4.

Transactio ob deficientem causam transigendi, et ob adhibitam vim et ob dolum vitiosa est. n. 5.

Si transactio nulla est omnia ea reuocari possunt quae secundum transactionem acta sunt. n. 6.

Rationes decidendi.

Transigi potest si modo lis adest a qua disceditur. n. 7.

In transactione aliquid vel remittitur vel retinetur vel datur. n. 8.

Ob dolum vel vim ad rescindendam transactionem agi potest. n. 9.

Rescissionis effectus est vt pristinus status restituatur. n. 10.

Vitia vnius negotii intuitu alius negotii nullum effectum habent etsi hoc cum illo cohaereat. n. 11. 12. 13.

Per factum illicitum tertii laesus restitutione in integrum gaudet. n. 14.

Quadriennium restitutionis ex eo tempore currit quo sublata est causa metus. n. 15.

Dolus tertii vero probandus est. n. 16.

Tum difficultates huius probationis, tum indicia doli quae in casu obuio occurrunt exponuntur. n. 17. 18. 19.

Restitutionis in integrum effectus est vt causa in eum statum reducatur, in quo antequam negotium laedens intercessit, fuit. n. 20.

Rechtsgutachten.

Als uns eine documentirte Geschichte des im Herzogthum J. gelegenen Churcöllnischen freyadelichen Lehns T. sammt einigen Fragen zugesandt, und darüber unser in den Rechten gegründetes Gutachten begehret worden;

Demnach erachten und erkennen wir nach fleissiger deren Verlesung und collegialisch gepflogener Erwägung den Rechten gemäß zu seyn:

Ergeben die seit dem ersten Lehnbriefe vom Jahre 1339 und darauf im Jahre 1531 ergangenen Lehnbriefe, daß 1) das von dem Erzbisthume Cölln zu Lehn rühren- 1

de

de Lehn und Herrlichkeit T. der freyherrlichen Familie von Q. zu L. bis zum Jahre 1714 dergestalt beständig verliehen worden, "daß die rechten Erben dieses Geschlechts, die seyen „Manns- oder Weibes-Geburt, von der Burg T. und den damit verknüpften Lehnen „nimmermehr enterbt werden sollen noch mögen;" daß zwar von besagtem Jahre 17 4 an diese Stelle aus den Lehnbriefen hinweg gelassen worden, jedennoch die Belehnung nichts desto weniger den succedirenden Descendenten des Geschlechts jedesmal unter Bezug auf die ältern Lehnbriefe in dem Maasse, wie ihre Voreltern und Väter solches gehabt, empfangen und getragen haben, ertheilt worden ist.

Als darauf II) der Mannsstamm der von Q. im Jahre 1765 ausgegangen, haben die weiblichen von Q—ischen Erben sofort unterm 10ten März 1766 bey Churcöllnischer Lehncammer das Lehn gebührend gemuthet, hergegen ist solches von derselben für ein heimgefallenes Lehn geachtet, dem Churcöllnischen in grossem Ansehen gestandenen Minister von B. versprochen, von dem Churcöllnischen Lehnsfiscale die Caducitäts Klage gegen die von Q—ischen Erben angestellt, und bey der Regierung zu Düsseldorf die Sequestration des Lehns T. veranlaßt worden.

Wiewohl nun III) die von Q—ischen Erben bey dem vor Churcöllnischer Lehncammer erhobenen Rechtsstreite die Rechtmäßigkeit der weiblichen Lehnfolge vorgestellet, ist nichts desto weniger unter dem 17ten Sept. 1767 der Definitiv-Spruch dahin ergangen, daß das Lehn T. sammt seinem Zubehöre als dem Erzstifte heimgefallen erklärt, und die von Q—ischen Erben sowohl zu Abtretung dessen, als der etwa erhobenen Nutzungen an die Churfürstliche Hofcammer zu verfügen, für schuldig erkannt worden. Gegen dieses Urtheil haben jedoch die von Q—ischen Erben an den kaiserlichen Reichs-Hofrath appellirет, und Processe erhalten.

Während dieses Hauptstreites hat IV) sich der Vorfall ereignet, daß ein Hoffactor zu Bonn, J. M. aus verschiedenen vorgelegten Wechseln, die der letztverstorbene Vasall ausgestellt haben soll, deren Richtigkeit gleichwohl bey dem ansehnlichen Vermögen desselben und bey dessen Abneigung vom Aufwande unglaublich geschienen, gegen die von Q—ischen Erben bey der Regierung zu Düsseldorf Klage erhoben, und das noch übrige erbschaftliche Allodial-Vermögen mit einem Arreste bestrickt, auch in der ersten Instanz ein obsiegliches Urtheil erhalten, wodurch die von Q—ischen Erben aufs äusserste getrieben, erschöpft und ermüdet worden, dabey auch geargwohnet, daß es wenigstens möglich sey, daß eine mächtigere Hand im Spiele sey, und für sie wenig oder gar nichts zu hoffen seyn könnte, weshalb sie sich genöthiget gesehen, mit dem Juden einen Vergleich auf die Summe von 19990 Rthlr. einzugehen.

Mit den Verhandlungen über diese Sache sind V) zugleich über die Abtretung des Lehns Unterhandlungen gepflogen worden; indessen hat dieser Vergleich ohne baare Abführung jener Summe nicht vollzogen, noch auch die versuchte Creditirung dieser Gelder erhalten werden können, indem den von Q—ischen Erben überall der Credit versagt ist, auch aus manchen eingetretenen Umständen abzunehmen gewesen, daß solcher absichtlich verdächtig gemacht worden; und haben unter diesen Umständen gedachte

dachte Erben sich genöthiget gesehen den Staatsminister Grafen von B., welcher sich freywillig zu einem Vergleiche wegen des Lehns angeboten, um Creditirung einer Summe von 15 bis 16000 Rthlr. auf das Lehn und dessen Unterpfändung anzusprechen.

Ist ferner hierauf VI) die bis dahin verschobene Abschliessung dieses Vergleichs durch einen in des Grafen Diensten stehenden Hofcaplan L., als einen den von Q—ischen Erben vorgeschlagenen Bevollmächtigten, mit dem Juden nicht allein wirklich vollzogen, sondern auch sogleich die Quitung über obige Summe, wovon die von Q—ischen Erben jedoch nie einen Heller zu Gesicht bekommen, als ob solche für sie von dem Herrn Grafen auf der Stelle ausgezahlet wären, von dem Juden zu Bonn ausgestellt worden.

Bey dieser Lage der Sache haben VII) die durch den Sequester über das Lehn und durch den auf das Allodium gelegten Arrest gedrückten Erben sich gleichfalls gedrungen gesehen den in Vorschlag gebrachten nachtheiligen Vergleich mit dem Minister Grafen von B., zu dessen Gunsten der von dem Lehnsfiscale verhandelte Proceß insonderheit geführet worden, unterm 11ten October 1773 einzugehen, worin derselbe zwar auf den vor dem Reichshofrathe noch hängenden Proceß renunciiret, und zu verschaffen übernommen, daß die Ehegemahle der von Q—ischen Erbinnen, Carl Johann von G., Christoph von B. und Friedrich Wilhelm von D. mit der Herrschaft T. für sich und ihre männliche Lehns-Erben als mit einem Mannlehne belehnt werden sollten; diese hergegen dem Grafen von B. die adelich freyen Güter, den Rittersitz L., nebst ihrem Antheile an O., welche in einem Werthe von 24000 Rthlr. gestanden, abgetreten, derselbe auch den lehnherrlichen Consens zu einer von den von Q—ischen Erben auf das Lehn T. aufzunehmenden Anleihe von 15 bis 16000 Rthlr. auszuwirken übernommen.

VIII) Auf eine hierauf von den Ehegemahlen der von Q—ischen Erbinnen übergebene Bittschrift hat weiland Maximilian Churfürst und Erzbischof zu Cölln die Vorbescheidung vom 20ten Nov. 1773 dahin ertheilt: daß Hochdieselben die Supplicanten mit dem Lehngute T. als mit einem rechten Mannlehne belehnen zu lassen geneigt wären, wenn dieselben sich reversirten daß sie dasselbe als ein rechtes Mannlehn, worin die weibliche Nachkommenschaft der Succession nicht fähig, erkennen, mithin auf die in den älteren Lehnbriefen enthaltene, seit dem Jahre 1714 aber schon aus den Lehnbriefen hinweggelassene Stelle ausdrücklich verziehen würden;

Hierauf haben IX) die Freyherrn von G., von B. und von D. und deren Ehegattinnen unterm 31ten Dec. 1773 und 4ten Jan. 1774 sowohl auf den bey dem kaiserlichen Reichshofrathe hängenden Proceß, als auch auf die in vorgedachtem lehnherrlichen Vorbescheide bemerkten Puncte Verzicht geleistet;

Solchem zu Folge hat X) der damals regierende Churfürst nach Maaßgebung des nur gedachten Vorbescheides und darauf ausgestellten Verzichts, auch des mit Vorwissen und Belieben des Domcapitels aufgehobenen bis zum kaiserlichen Reichshofrathe erwachsenen Rechtestreites die benannten Freyherren mit dem Lehngute T. als mit einem

einem rechten Mannlehne für sie und ihre männlichen Erben ex noua gratia belehnet; und hat solches der Freyherr von D. für sich und zum Behufe der vorbenannten Freyherren zu Lehn empfangen;

Da nun bey angetretener Regierung des jetzigen Herrn Churfürsten der Fall eingetreten, nach der bereits geschehenen Lehns-Muthung die Belehnung zu erneuern, so erwachsen nunmehr bey vorstehender Lage der Sache folgende Fragen:

2 1) Ob der von den Erbgenahmen von Q. mit dem ehemaligen Minister Grafen von B. eingegangene Vergleich und die in dessen Gefolge ertheilte churfürstliche lehnherrliche Vorbescheidung, wie auch der darauf ausgestellte Revers sammt dem darauf erfolgten Lehnsempfängnisse in Ansehung der Erbgenahmen von Q. dergestalt für verbindlich zu halten, daß der Freyherr von D. behuf der Mitbelehnten rechtlich angehalten werden könne, dermalen von Sr. Churfürstl. Durchlaucht und Höchstdero nachgesetzter Lehncammer dieses Lehn auf die nemliche Weise mit Ausschliessung der weiblichen Nachkommen zu empfangen? Oder ob nicht

2) aus den vorgetragenen Thatsachen hinreichende Gründe zur Erweisung der Arglist, gemißbrauchten Gewalt und Auctorität hervorgehen, welche den jetzigen Lehnsbesitzer, Freyherrn von D. zu begehren berechtigen können, daß die churfürstlich Cöllnische Lehncammer, dasselbe Lehn ihm und seinen Nachkommen beyderley Geschlechts in Gemäßheit der ursprünglichen und ältesten Lehnbriefe ertheile, mithin auch darauf anzutragen, wohl befugt sey, daß bey der bevorstehenden Belehnung alle jene präjudicirlichen unter der vorigen Regierung mit dem untergebenen Lehne vorgegangenen Neuerungen aufgehoben und cassirt werden mögen?

3 Ob nun wohl 1) die Erbgenahmen von Q. nach Absterben des letzten vom Mannsstamme ein gegründetes Recht zur Lehnfolge auf T aus der in den ältesten Lehnbriefen auf Erben männlicher und weiblicher Geburt gerichteten Belehnungs-Clausel für sich haben, und die seit dem Jahre 1714 erfolgte Weglassung dieser Clausel ihnen nicht zum Nachtheile gereichen zu können scheint, weil eines Theils die von Q. nichts desto weniger mit dem Lehne in dem Maasse wie ihre Voreltern und ihr Vater solches gehabt, mithin in der That für sich und ihre Erben beyderley Geschlechts, beliehen worden, und daraus ziemlich klar ist, daß die vorgedachte Clausel nicht mit Vorbedachte und Bewilligung der Vasallen, sondern aus Irrthum hinweg gelassen worden;

Struv. in synt. iur. feud. c. 10. aph. 6.
Siegel de liter. inuestitur. c. 4.
v. Cramer Wetzlarische Nebenstunden Th. 4. Abh. 8.

andern Theils die erste und in so vielen Lehnbriefen unveränderte erneuerte Belehnung der wahre und einzige Grund der Lehnfolge verbleibet, und daher den Erben weiblichen Geschlechts, die ohne ihre Einwilligung in den bloß über die Erneuerung des

Lehns

Lehns ausgestellten jüngern Lehnbriefen erfolgte Veränderung unschädlich seyn müssen;

Rosenthal de feud. cap. 6. concl. 69.

Solchem zu Folge 2) das Lehngut T. im Jahre 1765 für ein der churfürstlichen Lehncammer heimgefallenes Lehn nicht geachtet, noch die dem Grafen von B. darauf ertheilte Begnadigung von einiger rechtlichen Wirkung seyn können mithin es demselben an einem wahren Grunde zu dem auf dieses Lehn gemachten Anspruch gemangelt; 4

In solchem Betrachte aber 3) der mit demselben unterm 11ten October 1773 eingegangene Vergleich keine wahre Forderung zum Grunde hat; darneben bey dessen Schliessung solche Umstände vorgekommen, welche erhebliche Vermuthungen einer gebrauchten Arglist, durch welche die von Q. nothgedrungen in den Vergleich einwilligen müssen, in sich halten; indem das viel vermögende Ansehen des damaligen Ministers und dessen Einfluß auf die churfürstliche Lehncammer, insbesondere aber die von dem Lehnsfiscale erhobene Caducitäts-Klage, welche der von B. in dem Eingange des Vergleichs als die Seinige angesehen, sodann das bey der Regierung zu Düsseldorf ausgebrachte Sequester der Lehngüter, zu deren Besitze sie sonst aus den ältesten Lehnbriefen alle Rechtsgründe für sich gehabt, ferner der durch den Juden J. M. auf das übrige erbschaftliche Allodial-Vermögen zu Düsseldorf verhängte Arrest, sodann die von diesem aus Wechseln, deren Richtigkeit mit der Wahrscheinlichkeit streitet, erhobene Klage, und die zwar versteckte, jedoch aus der von dem Minister auf 15 bis 16000 Rthlr. für den Juden übernommenen Versicherung, und aus dem ganzen Inhalte der von dem Juden auf das Vergleichsquantum ausgestellten Quitung sich veroffenbarende Verbindung dieser Sache mit dem Lehns-Anspruche, endlich der merkliche Umstand, daß bey allen für sie streitenden Gründen, nichts desto weniger in beyden Sachen widrige Urtheile in erster Instanz gegen sie ergangen sind, und sie in den höheren Instanzen die Rechtshülfe suchen müssen, selbige in den Fall gesetzt, zu Vermeidung grösseren Nachtheils, gleichsam entwaffnet von der aus dem Lehne und Allodium zu nehmenden Hülfe, mit dem mächtigen Staatsminister in eine angebotene gütliche Beendigung sich einzulassen, und dabey den von ihm zu Schliessung des Vergleichs vorgeschlagenen in seinen Diensten gestandenen Hofcaplan L. zum Bevollmächtigten anzunehmen, und sich mit dem von ihm gegebenen Versprechen, die lehnherrliche Bewilligung zu der ihren Ehegemahlen lediglich für ihre männliche Descendenten zu ertheilenden Verleihung des Lehnguts T. auswirken zu wollen, zu begnügen, und ihm dagegen die ansehnlichen freyen Allodial-Rittersitze zu L. und O. abzutreten und aufzuopfern, dabey auch zugleich das Lehngut T. mit einer Hypothek wegen 15 bis 16000 Rthlr. behuf Tilgung der angeblichen jüdischen Wechselschuld belegen zu lassen; 5

Solchemnach 4) bey einer solchen aus der Sache selbst sich ergebenden Arglist und von einem potentiore auf versteckte Weise gebrauchten Zwangsmitteln nicht ohne gro-

großen Anschein erfolgen will, daß gedachter Vergleich für sie nicht verbindlich anzusehen, vielmehr ihnen die in

L. 5. C. de dolo malo.

in mildesten Ausdrücken benannte actio in factum, sowohl wie die actio quod metus caussa, zu statten komme;

6 Dafern aber 5) gedachter Vergleich solchergestalt aus dem Wege zu räumen seyn möchte, es das Ansehen gewinnet, daß der darauf am 20ten Nov. 1773 ertheilte lehnherrliche Vorbescheid, sammt dem darauf von den von Q—schen Erben auf die aus den älteren Lehnbriefen herrührende Eigenschaft des Lehnguts T., als eines Mann- und Weiber-Lehns, geleisteten Verzicht, bloß als Folgen des vorgedachten Vergleichs anzusehen, und für eben so unverbindlich zu halten, da die Einrichtung dieses ganzen Lehns-Geschäffts von dem Ansehen des Ministers bey dem damals regierenden Churfürsten sowohl, als von dessen in Ansehung der Erben von Q. angemaßter Uebermacht abgehangen;

Derowegen 6) es scheinen will, daß die Erben von Q. und Namens derselben der jetzige Lehnsbesitzer, Freyherr von D. bey der jetzt wegen Veränderung des hohen Lehnherren zu suchenden Lehns-Erneuerung für berechtiget zu halten, auf die unveränderte in den ältesten Lehnbriefen enthaltene und auf die Erben beyderley Geschlechts gerichtete Belehnung, mithin auf die Aufhebung der unter der vorigen Regierung erfolgten nachtheiligen Lehnsveränderung zu bestehen;

7 Dennoch aber und dieweil bey den vorstehenden Fragen der zwischen dem Minister Grafen von B. und den Erbgenahmen von Q. eingegangene Vergleich, und das darauf der Belehnung halber zwischen dem Churcöllnischen Lehnhofe und den von Q—schen Erben eingegangene Belehnungs-Geschäfft, als zwey sowohl in Rücksicht auf die Contrahenten, als auch der Sache nach wesentlich verschiedene Geschäffte in rechtlichen Betracht zu nehmen;

Und soviel I) den erstgedachten Vergleich betrifft, derselbe zuvörderst in Ansehung seiner äusserlichen Form die Eigenschaft eines gültigen Vergleichs für sich hat;

indem er 1) über eine im Wege Rechtes in Streit gezogene, und gegen die Erben von Q. in erster Instanz verhandelte, und nur noch in appellatorio hängende Sache eingegangen worden; bey einem Vergleiche aber nur es darauf ankömmt, ob die Forderung im Streite gewesen; nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa transactionis fuisse videtur,

L. 65. §. 1. D. de cond. indeb.

8 sodann 2) dieser Vergleich nicht allein von beyden transigirenden Theilen, bey deren Personen kein Mangel in der Fähigkeit zu transigiren sich äussert, bewilliget, und solcher wie es die Natur eines Vergleiches nach dem

L. 38. C. de transact.

mit

mit sich bringet, dato, remisso vel retento geschlossen, sondern auch bereits in Erfüllung gesetzt worden;

Hergegen 3) die inneren Mängel dieses Vergleiches, welche nach den vorangeführten Umständen von einer Arglist und von der auf eine versteckte Weise in Mißbrauch gezogenen Gewalt des Ministers herrühren mögen, nur ein ius repetendi id, quod transactionis nomine datum est, si euidens calumnia detegitur 9

L. 65. cit. D. de cond. indeb.

oder das Recht auf die Rescission des Vergleichs per actionem in factum vel metus causa zu klagen, geben;

L. 5. C. de dolo malo.

In solchem Falle aber gleichwohl 4) das auf die Aufhebung des Vergleichs gehende Suchen eines Theils nur gegen den transigirenden Theil gerichtet werden kann, andern Theils die Wirkung einer solchen Aufhebung nur darin bestehen würde, daß alles in den vorigen Stand, worin der Rechtsstreit zur Zeit des Vergleichs gestanden, wieder gesetzet, mithin die Hauptsache in appellatorio bey dem kaiserlichen Reichshofrathe betrieben werden müßte; 10

L. 14. C. de transact.
L. 96. §. 1. D. de solut.

Demnächst II) die der neuen Belehnung mit dem Lehngute T. halber vorgekommenen Verhandlungen ein zwischen dem Churcöllnischen Lehnhofe und den Erbgenahmen von Q. eingegangenes besonderes Geschäfft angehen; 11

wobey 1) die Erben von Q. bey dem vorigen Churfürsten eine Bittschrift übergeben um eine neue Belehnung mit dem Lehngute T. zu erhalten, wobey sie auf die aus den älteren Lehnbriefen hergeleitete Lehnseigenschaft Verzicht zu leisten sich erkläret;

darauf 2) der vorige Churfürst vermittelst der Vorbescheidung vom 20ten Nov. 1773 solches Gesuch in dem Maasse bewilliget als es angebracht

Die Erben von Q. auch 3) diese Vorbescheidung in dem Reverse vom 3ten Dec. 1773 und 4. Jan. 1774 angenommen und den obgedachten Verzicht in allem vollkommen geleistet;

auch darauf 4) der vorige Churfürst mit Vorwissen und Belieben des Domcapitels den Ehegemahlen der von Q—schen Erbtöchter die wirkliche Belehnung mit T. als mit einem rechten Mannlehne in dem Lehnbriefe vom 23 Febr. 1774 ertheilt;

Und dann 5) zu solcher nach ihrem Gesuche bewilligten Belehnung der vorher mit dem Grafen von B. eingegangene Vergleich zwar den Grund abgegeben, weil derselbe als transigirender Theil die lehnherrliche Verleihung auszuwirken versprochen, jedoch solcher Vergleich in Ansehung des Churcöllnischen Lehnhofes als eine res inter alios acta et transacta anzusehen;

L. 1. L. 3 C. inter alios acta et iudicata aliis nec nocere nec prod.

und daher auch die bey dem Vergleiche eingetretenen Mängel gegen den Bestand derer der Belehnung halber eingegangenen Verhandlungen nicht angeführet werden können;

12 Solches alles auch 6) daraus aufs deutlichste erhellet, daß wenn die Erbgenahmen von Q. weder durch jenen Vergleich, noch auch durch den auf gedachte Vorbescheidung geleisteten Verzicht und das erfolgte Lehnsempfängniß sich für verbunden erkennen wollten, ihnen das Urtheil ersterer Instanz immer entgegenstehen, und sie erst das an dem Lehngute habende Lehnfolgerecht in appellatorio bey dem kaiserlichen Reichshofrathe noch im Wege Rechtes auszuführen sich genöthiget sehen würden;

13 Weshalb 7) der von neuem belehnte Freyherr von D. behuf seiner Mitbelehnten sich nicht entbrechen kann, bey dem jetzigen Lehns-Veränderungsfalle das Lehn in dem Maaße, wie es im Jahre 1774 verliehen worden, wiederum zu Lehn zu nehmen und zu empfangen, jedoch den von Q—schen Erbtöchtern, welche sowohl für sich als für ihre weibliche Descendenz bey der neuen Belehnung ausgeschlossen worden, dabey unbenommen verbleibt, bey diesem ursprünglichen Geschlechts-Lehne die Rechte des weiblichen Geschlechts in einer in angemessenen Ausdrücken bey Churfürstlicher Lehnscammer einzulegenden Protestation zu reserviren und vorzubehalten;

14 Immittelst III) den Erbgenahmen von Q. noch das Rechtsmittel übrig verbleibt, die restitutionem in integrum ex clausula generali gegen den ausgestellten Revers und gegen die angenommene auf die männlichen Lehnserben eingeschränkte Belehnung des Lehngutes T., in Ansehung der daraus für ihre ganze weibliche Descendenz erlittenen Verkürzung zu suchen, sofern sie so viel, daß diese Verkürzung durch das Factum eines Dritten, nemlich durch die Uebermacht des damaligen Ministers und durch die von ihm erlittene Bedrückung veranlaßt worden, gebührend zu bescheinigen vermögen;

immaßen 1) durch eine ex facto tertii erwachsene erhebliche Verkürzung die restitutio in integrum ex clausula generali überhaupt begründet werden kann;

L. 26. §. 9. D. ex quib. caus. maior.
L. 13. §. 1. D. de eo per quem factum.
Menius P. 5. dec. 5.
de Ludolf in obs. forens. P. 2. obs. 124.

darneben kein factum tertii so sehr, als dasjenige, was von der Uebermacht und dem Drucke eines potentioris herrühret, für eine gerechte Ursach zu der zu suchenden Restitution geachtet werden kann, dabey auch die Größe der Verkürzung daraus, daß sowohl sie selbst, als auch ihre ganze weibliche Nachkommenschaft bey der ihren Ehegemahlen ex nova gratia ertheilten Belehnung ausgeschlossen worden, sich zu Tage leget,

15 und das quadriennium restitutionis in integrum deshalb für abgelaufen nicht angesehen werden mag, weil während der bis zum Ende der vorigen Regierung mit gleichem Ansehen fortgesetzten Herrschaft des Grafen von B. die aus dem Drucke und Uebermacht herrührenden causae metus fortgedauert, und daher eher nicht, als bey dem Ab-

Ableben des Ministers, die Erbtöchter von Q. ihre rechtlichen Beschwerden anzubringen im Stande gewesen;

16 Wobey 2) es vornemlich auf den Beweis dessen ankömmt, daß sie durch Arglist und durch die Unterdrückung des Ministers, mithin facto tertii zu dem dem churfürstlichen Lehnshofe mittelst ihrer Unterschrift ausgestellten Reverse, und zu dem auf die Fortsetzung der Appellation, und auf die aus den älteren Lehnbriefen zustehenden Rechte geleisteten Verzicht gedrungen werden, und daher zugeben müssen daß ihre Ehegemahle mit solchem Lehne bloß für die männlichen Lehnserben ex noua gratia belehnet worden;

17 Bey diesem Beweise zwar 3) aus der versteckten Art womit alles betrieben ist und daraus, daß alles unter einem rechtlichen Scheine und selbst im Wege Rechtes und dergestalt verhandelt worden, daß sowohl in der Lehns- als in der Wechsel-Sache in erster Instanz gegen die von Q—schen Erben erkannt worden, nicht geringe Schwierigkeiten eintreten, um dabey die Concurrenz des Ministers zu zeigen;

18 jedennoch 4) diese Schwierigkeiten bey dem Lehnsprocesse geringer sind, weil der von B. diesen in dem Vergleiche als den seinigen angesehen, und daher die erste Bedrückung, welche aus dem verhängten Sequester der Lehngüter erwachsen, nach den aus der Sache sich ergebenden Vermuthungen auf dessen Betrieb ausgewirket worden, das widerrechtliche dieses Verfahrens aber darin beruhet, daß den von Q—schen Erben der Besitz der Geschlechts-Lehne entzogen worden, auf welchen sie doch während des mit der Lehncammer geführten Processes ein gegründetes Recht ex pacto et prouidentia maiorum sowohl den älteren Lehnbriefen als den Rechten nach gehabt,

II. F. 11. §. 1.

Struuius in synt. iur. feudalis c. 16. aph. 12. num. 2.

19 Dahergegen wenn 5) die von dem Juden M. zu Düsseldorf verhandelte Wechselklage und der dabey auf die erbschaftlichen Allodial-Güter verhängte Arrest wie auch dasjenige was bey der Quitirung vorgefallen ist, als eine Arglist angesehen werden soll, zuerst die Falschheit der Wechsel, für deren Richtigkeit in erster Instanz ein Urtheil ergangen, welches durch den mit dem Juden eingegangenen Vergleich unerörtert geblieben ist, deshalb natürlicher Weise bescheiniget werden muß, weil im gesetzten Falle, daß der Jude M. eine gegründete und nicht auf falschen Wechseln beruhende Forderung gehabt haben sollte, der damalige Minister eine erhebliche Entschuldigung wegen der verschaften Rechtshülfe für sich gehabt haben würde;

Immittelst 6) wenn gleich alles von Seiten des Ministers sehr versteckt verhandelt worden, doch in solchem Falle wo durch starke Vermuthungen, die Gerechtigkeit der Sache vor Augen gelegt wird, ein billig denkender Richter die restitutionem in integrum für begründet erachten wird,

Boehmer in consult. et decis. tom. 1. arg. 94.

namque iustus metus ex affectu metuentis intelligi debet, etiamsi nullae praecesserint minae, et huius rei disquisitio iudicis est;

L.

L. 3. D. ex quib. cauf. maiores in integr.

Leyser ad Pand. fpec. 58. m. 3.

20 Uebrigens 7) nicht ausser rechtlichem Bedenken und Erwägung gelassen werden darf, daß wenn gleich die dem Freyherrn von D. und dessen Mitbelehnten ex noua gratia ertheilte Belehnung für sich besteht, dennoch die bloß Namens der Erbtöchter von Q. gegen den, auf die, bey dem kaiserlichen Reichshofrathe rechtsanhängige Appellation in dem Reverse geleisteten Verzicht zu suchende und zu erlangende Wiedereinsetzung in den vorigen Stand den Rechten nach nur von der Wirkung seyn wird, daß alles in den Stand, worin diese Sache vor dem ausgestellten Reverse in Ansehung ihrer gestanden, wiederum gesetzet wird, als welches die in den Rechten beruhende Wirkung dieses Rechtsmittels ist,

L. 24. §. 4., L. 39. §. 1. D. de minorib.

folglich die Erbgenahmen von Q. durch dieses Rechtsmittel, nur soviel zu erlangen vermögen, daß, da die Sache bey dem kaiserlichen Reichshofrathe in appellatorio begriffen gewesen, sie, des geleisteten Verzichts ungeachtet, solche daselbst im Wege Rechtes verfolgen, und den Ausspruch des Reichshofraths über die im Rechtsstreite hängende Lehnfolge des weiblichen Geschlechts in dem Lehngute T. abwarten müssen;

Als halten wir in Betracht aller eintretenden Umstände den Rechten nach dafür:

21 daß zwar beyde Fragen mit Bestande Rechtes nicht bejahend beantwortet werden mögen, vielmehr der Freyherr von D. für sich und seine Mitbelehnten bey dem jetzigen Lehns-Veränderungsfalle die Erneuerung der vorigen Belehnung in dem Maße, wie sie ex noua gratia ertheilt worden, zu suchen und zu empfahen sich nicht entbrechen mag; jedoch desselben und der Mitbelehnten Gemahlinnen, als Erbtöchter von Q., dabey absonderlich mit einer Reservation der ihnen und ihrer weiblichen Descendenz aus den älteren Lehnbriefen an dem Lehne T. zustehenden Befugnisse und mit der deshalb in gemäßen und der Lehnspflicht angemessenen Ausdrücken eingelegten Protestation die Rechte der weiblichen Descendenz zu wahren und zu schützen unbenommen verbleibe;

Nicht minder gedachten Erbgenahmen von Q. bey der ihnen aus dem lehnherrlichen Vorbescheide, und dem von ihnen ausgestellten Reverse für die ganze weibliche Descendenz erwachsenen Läsion nur noch die restitutio in integrum ex clausula generali gegen den in dem Reverse geleisteten Verzicht auf die bey dem kaiserlichen Reichshofrathe rechtshängige Appellation und auf das aus den ältern Lehnbriefen zustehende Recht zu statten komme, wenn sie durch die an und für sich erheblichen und in facto noch weiter ins Licht zu setzenden Gründe und Muthmaßungen darzuthun vermögen, daß sie facto tertii, und zwar durch die Uebermacht und durch die von dem damaligen Minister veranlaßte Bedrückung, nothgedrungen und muthlos jene Handlungen einzugehen sich gemüssiget gesehen. 1787.

Num. 153.

Num. 153.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

De priuatione feudi ob furtum vasalli, et de modo quo tali casu procedi debeat.

Argvmenta specialia.

Species facti. n. 1.
Quaestio prima. n. 2.

Rationes dubitandi.

Desunt leges expressae quae amissionem feudi ob furtum a vasallo commissum statuunt. n. 3.
Quamdiu vasallus viuit fructus ad dominum pertinere videntur. n. 4.

Rationes decidendi.

Infamis est qui furti damnatur. n. 5.
Ob infamiam iuris vasallus feudo priuatur. n. 6.
Delictum tale sub appellatione quasi feloniae venit. n. 7.
Ob infamiam facti feudi priuatio non procedit. n. 8.
Ob feloniam erga alios commissam feudum non ad dominum sed ad agnatos venit. n. 9.
Quaestionis decisio. n. 10.
Quaestio secunda et tertia. n. 11.
Confessio extraiudicialis seria et plene probata in causa ciuili plenam probationem continet. n. 12.
Furtum ipso iure non infamat sed demum subsecuta sententia condemnatoria. n. 13.
Actio feudi priuatoria itaque institui nequit, nisi sententia condemnatoria processerit. n. 14. 16.
Sola condictio furtiua infamem non reddit. n. 15.
Quaestionis decisio. n. 17.
Quaestio quarta. n. 18.
Feudum ob feloniam ipso iure amitti sunt qui contendant. n. 19.
Rectius vero contenditur feudum subsecuta sententia priuatoria amitti nec prius pro vacuo haberi posse. n. 20.
Quaestionis decisio. n. 21.
Quaestio quinta. n. 22.
Durante lite possessio nemini auferenda est. n. 23.
Secus est si possessor absens praesenti agnato apprehensionem mandauerit. n. 24.
Cura bonorum feudalium absentis ad proximos agnatos pertinet. n. 25. 26.
Fructus feudi vsque dum sententia priuatoria subsecuta est vasalli sunt. n. 27. 28.
Quaestionis decisio. n. 29.
Quaestio sexta. n. 30.
Forum delicti commissi in causis criminalibus forum principale est. n. 31.
Exceptio vero est si delinquens per priuilegium ab ordinaria iurisdictione in loco delicti commissi exemtus est. n. 32.
Tum enim inquisitio in foro priuilegiato instituenda est. n. 33.
Quaestionis decisio. n. 34.
Quaestio septima. n. 35.
Sumtus inquisitionis a delinquente quatenus bona eius sufficiunt ferendi sunt. n. 36.
Quaestionis decisio. n. 37.
Quaestio octaua. n. 38.

Rechtsgutachten.

Als uns eine Geschichts-Erzählung nebst einigen Fragen zugefertigt, und darüber unsere in den Rechten gegründete Meinung gefordert worden, demnach erachten wir den Rechten gemäß zu seyn:

1 Hat der Major F. v. B. schon seit drey Jahren einen merklichen Verlust an Tischzeuge und anderer Wäsche gespürt, und deshalb bald auf diesen, bald auf jenen seiner Leute Verdacht geworfen, weil allem Ansehen nach, kein Dieb ausser dem Hause, zu der in dem Dachstocke befindlichen wohlverschlossenen Wäschkammer und Kasten kommen können;

Insbesondere ist seit kurzem eine beträchtliche Menge Wäsche vermißt worden, und da der Major F. v. B. sich dadurch veranlaßt gesehen, in der Nachbarschaft seines Gerichtsdorfes auf die entwandten Stücke Kundschaft zu legen, so hat er in einem benachbarten Dorfe mehrere Sachen angetroffen, welche er für solche, die ihm mit gestohlen worden, erkannt, und dabey zugleich von den Besitzern erfahren, daß sie diese Sachen von seinem Hausnachbaren und nächsten Agnaten, dem dimittirten L. v. B. erkauft hätten, es haben auch nachdem dieser Diebstahl kund geworden, verschiedene Einwohner des Orts etwas von der gestohlenen Wäsche freywillig gebracht, und alle einstimmig auf den gedachten von B., welcher ohnehin schon seit verschiedenen Jahren wegen allerley Diebstähle berüchtigt gewesen ausgesagt; es ist daher der Major F. v. B. nebst seinem Bedienten zu dem v. B. ins Haus gegangen, und hat ihm befragt, wie er zu der ihm, dem Major v. B. gestohlnen und an obgedachte Personen von ihm verkauften Wäsche gekommen sey? und hat derselbe hierauf gestanden, daß er den Diebstahl theils aus Armuth und Desperation, theils um dem Major von B. einen Possen zu beweisen, in eigener Person, und zwar dergestalt vollbracht habe, daß er unter dem Dachwinkel, womit sein Haus mit des Major von B. Hause verbunden wäre, die Ziegel aufgehoben, von daraus ohne Gefahr hinüber auf das letztere Dach gekommen, auf diesem von aussen wieder so viel Ziegel, als nöthig gewesen, aufgehoben, und solchergestalt durch die Sommerstube hindurch über des Major von B. schwarzen Wäschkasten gegangen, und was ihm beliebet herausgenommen habe; auch ferner gestanden, daß er den letzten und größten Diebstahl um Pfingsten in dreymahlen verrichtet, vorher aber schon seit 3 Jahren mehreres von des Major v. B. Wä-

sche auf eben diese Art entwandt habe; am Ende aber den Herrn Major v. B. um Gottes willen gebeten ihm dieses Verbrechen zu vergeben; und weil er selbst einsähe, daß der Schimpf für die Familie von B. zu groß wäre, als daß er sich einen Augenblick länger an einem Orte, wo sein Verbrechen bekannt wäre, aufhalten sollte; so bekennte er sich, dieser Schandthat halber seines Standes und Adels verlustig und gelobe so weit zu gehen als er könnte, und sich aufs Wasser zu begeben, ohne jemals zu sagen, daß er ein Herr von B. wäre; und endlich den Herrn Major v. B. als seinen nächsten Agnaten und Lehnfolger gebeten, sich sogleich seiner Güter zu bemächtigen, und solche von nun an für sein Eigenthum zu halten.

Weil nun dieser Diebstahl, welcher laut einer gerichtlich übergebenen Specification sich über 700 Rthlr. beläuft, ohne Zweifel eine infamiam nach sich zieht, und ein infamis unfähig ist, adeliche Lehngüter zu besitzen; hiernächst dieses Verbrechen nicht gegen den Lehnherrn, sondern gegen einen Dritten und noch dazu den nächsten Agnaten, begangen worden, folglich dasselbe für keine Felonie angesehen werden, mithin auch dem Lehnherrn zu den Gütern auf Lebenszeit des Verbrechers kein Recht geben kann, und daher der Major v. B. und dessen Brüder als die nächsten Agnaten unstreitig ein Recht haben, in die durch das infamirende Verbrechen des bisherigen unverheirathet gewesenen Besitzers erledigt gewordenen Lehngüter zu succediren, gleichwohl in Ansehung der Art und Weise, wie der Major v. B. und seine Mitagnaten zum Besitze dieser Güter gelangen können, ohne daß zugleich die Ehre der adelichen Familie v. B. durch die Untersuchung wider eine Person, die ihren Namen führet, zu öffentlich gekränkt werde, Schwierigkeiten obwalten, so erwachsen hieraus folgende Fragen:

Erste Frage.

> Ob der von dem L. v. B. begangene Diebstahl wirklich ein solches Verbrechen sey, weswegen er des Lehns verlustig worden, und an wen es alsdann anfalle, ob an den Lehnherrn oder an den nächsten Agnaten? 2

Ob nun wohl hiebey der Zweifel eintritt, daß 1) der von einem Vasallen begangene Diebstahl weder an und für sich eine Felonie enthält, noch auch als ein solches Verbrechen welches die Verwirkung des Lehns nach sich zieht, in den Lehnrechten ausdrücklich geahndet wird, und einige Rechtslehrer nur allein die in den Lehnrechten namentlich bestimmten Verbrechen darunter rechnen, 3

Mevius Cons. 36. n. 21.
Io. God. Bauer de communi sax. manu ob neglectam inuestit. amissa §. 40.

neque enim ex omni causa ex qua opinio vasalli grauatur, beneficium amittitur;

II. F. 24. §. 10.

wenn aber 2) ein solches Vergehen inter feloniam aduersus extraneum commissam zu rechnen, dennoch in solchen Fällen von einigen behauptet werden will, daß so lange 4

 der

der Delinquent oder gewesene Vasall am Leben, das verwirkte Lehn quoad fructus dem Lehnherrn anfalle, und erst nach des Vasallen Ableben an die Agnaten deshalb gelange, weil diese eher nicht, als bey dessen Ableben die Lehnfolge gehabt;

Peregrinus de iure fisci lib. 5. tit. 1. n. 11.
Fr. Gallus de fructibus disp. 27. art. 1. n. 15.

5 Dennoch aber und dieweil 1) in dem vorliegenden Falle von einem so großen und mit Einsteigen vollstreckten Diebstahle die Frage ist, welcher sowohl der peinlichen Untersuchung unterworfen ist, als auch nach ergangenem Erkenntnisse infamiam iuris nach sich ziehet, furti enim damnatus infamiam iuris contrahit,

L. 1. L. 6. D. de his qui not. infam.

6 Dergleichen Verbrechen aber 2) in Ansehung dessen, daß eine persona infamis kein Lehnrecht haben kann, eine Unfähigkeit zu Lehnen und den Verlust der erlangten adelichen Lehne wirket, qui enim talem feloniam commiserit, vt stare amplius in curia non possit, feudo priuatur,

II. F. 37.

hinc causa priuationis feudi est, si vasallus factus fuerit infamis infamia iuris, propter quam ipse in curia domini honeste stare non potest,

Schrader de feud. P. 9. c. 3. n. 70.
Rosenthal cap. 10. concl. 36. num. 51.

7 wie denn 3) dergleichen Verbrechen, durch welches ein Vasall, der verwirkten Lehnsfähigkeit halber, seines Lehns verlustig wird, davon die Benennung der Felonie in uneigentlichem Verstande erhalten, wenn gleich das Verbrechen gegen den Lehnherrn nicht begangen worden, und darunter nicht bloß die

II. F. 24., II. F. 37.

angeführten Exempel gehören, sondern überhaupt quaelibet alia felonia ob quam vasallus in curia amplius stare non potest, in gedachtem Lehn-Texte

II. F. 37.

gerechnet werden, und durch die daselbst enthaltenen Fälle eines fratricidii und proditionis conuasalli erläutert werden;

Rosenthal l. c. n. 51. 53.

gleichwohl bey einem Diebstahl, welcher an einem Mit-Vasallen begangen wird, nicht allein ein gleicher Grund, als bey der Verrätherey des Mit-Vasallen eintritt, weil andere Vasallen mit einem Diebe eben so wenig, als mit einem Verräther, die Lehndienste verrichten können, sondern auch aus der durch den Diebstahl gewirkten infamia iuris und gänzlicher Lehnsunfähigkeit ein noch weit stärkerer Grund hinzukömmt;

8 Hierwider auch 4) aus dem Lehntexte

I. F. 24. §. 10.

kein

kein erheblicher Zweifel gemacht werden kann, weil darin von einer infamia facti, ob quam grauari potest vasalli opinio apud graues viros, die Rede ist;

Rosenthal l. c. n. 52.

Uebrigens 5) ein durch dergleichen Felonie gegen einen Dritten verlohrnes Lehn 9 dem Lehnherrn nicht, weil gegen diesen keine Untreue begangen worden, sondern den nächsten Lehnfolgern nach klarer Verordnung der Rechte,

II. F. 24. §. 11.
II. F. 37.

anfällt;

solches auch 6) sofort nach erkannter Lehns-Privation um so mehr erfolgt, weil der Agnaten Lehnfolge sogleich gegründet ist, hergegen dem Lehnherrn in solchem Falle kein Recht am Lehne beygeleget ist, cum feudum amissum non ad dominum sed ad proximos agnatos pertineat,

II. F. 24. §. 11.
II. F. 26. §. 17.
Schilter in notis ad *Struuii* synt. iur. feud. in cons. adiect. §. 134.

hinc agnatus non tenetur mortem delinquentis expectare sed feudum statim ad ipsum devoluitur, cum vasalli ius ob amissionem extinctum sit,

H. Pistor qu. iur. lib. 2. qu. 15. n. 3.
Carpzov P. 3. c. 27. def. 1. n. 6. 7.
Schweder de fructib. feudi §. 16.

Als halten wir den Rechten nach dafür:

daß der von dem Lieutenant von B. begangene Diebstahl den Rechten nach 10 für ein solches Verbrechen anzusehen sey, weshalb derselbe auf erfolgtes Erkenntniß, mittelst dessen er des Diebstahls schuldig erkannt wird, folglich in infamiam iuris fällt, des Lehns für verlustig zu achten, jedoch dieses an den Lehnherrn nicht, sondern sofort an die nächsten Lehnfolger verfället werde.

Zweyte Frage.

Ob das von demselben gegen den Major F. v. B. in Gegenwart seines Be- 11 dienten, einer Bauerfrau und seiner Schwestern gethane aussergerichtliche Geständniß hinlänglich sey, um denselben, auch abwesend, der quästionirten Güter für verlustig zu erklären,

Dritte Frage:

Oder ob nicht wenigstens der Major von B. unter Beziehung auf dies aussergerichtliche Geständniß und auf das von den Aufkäufern der gestohlenen Sachen auf den Lieutenant von B. gethane Bekenntniß ohne vorher eine sen-

tentiam condemnatoriam quoad delictum abzuwarten, actionem priuatoriam anstellen und zugleich alle ohne lehnherrlichen und der Agnaten Consens versetzte Lehnsstücke revociren könne?

12 Ob nun wohl 1) das von dem L. v. B. abgegebene aussergerichtliche Geständniß des Diebstahls, theils durch die benannten drey Zeugen, theils durch die beytretende Aussage der Aufkäufer der gestohlnen Sachen völlig bewiesen werden kann, ein aussergerichtliches Geständniß aber, in so fern es völlig bewiesen ist, in causa ciuili, mithin auch in causa feudali einen völligen Beweis der Hauptsache wirket;

Carpzov P. 1. c. 16. def. 21.
Lauterbach de confess. th. 45.

Dieses aber 2) so fern es nur auf den Beweis des begangenen Diebstahls ankommen sollte, zur Begründung der actionis priuatoriae hinlänglich scheinen dürfte, bevorab sonst quaestio criminis in causa ciuili incidenter erörtert werden kann;

L. 1. C. de ord. iudicior.

13 Dennoch aber und dieweil 1) die causa priuationis feudi nicht bloß in dem begangenen Diebstahle, sondern in der durch diesen gewirkten infamia iuris beruhet, diese aber eine infamia iuris mediata ist, welche anders nicht als vermittelst des gerichtlichen Erkenntnisses, durch welches der Beschuldigte des Diebstahls für schuldig erkannt worden, zugefügt wird, infamia ex delicto enim non nisi iudicio damnatum sequitur

L. 7. C. de iudic. publ.

et furti reum iudicio famoso condemnatum esse oportet,

L. 1. L. 6. D. de his qui not. inf.

ideoque sententia de delicto commisso condemnatoria requiritur, vt quis infamis habeatur;

Struuius in synt. iur. civ. exerc. 7. th. 18.

14 wohlfolglich 2) die actio feudi priuatoria eher nicht, als wenn der Vasall des begangenen Diebstahls halber für schuldig erkannt worden, und dadurch in infamiam iuris gefallen, statt findet, allermaßen deren Grund in der infamia iuris, mithin in dem gerichtlichen Erkenntnisse, auf welches erst infamia iuris mediata erfolget, zu stellen ist;

15 daher 3) auf den Beweis des begangenen Diebstahls, wenn gleich solcher infamiam facti nach sich ziehet, es allein nicht ankommt, immaßen bey ähnlichen Klagen, welche auf die Ersetzung des Entwandten gerichtet werden, durch den Beweis des Diebstahls und durch die deshalb erkannte Entschädigung keine infamia iuris gewirket wird, sola enim condictio furtiua infamem non reddit,

L. 36. de obl. et act.

16 solchemnach 4) die sententia condemnatoria de delicto in vorliegendem Falle causam praeiudicialem ausmacht, weil davon infamia iuris, als die causa priuationis feudi abhanget;

Als

Als erhellet hieraus:

daß das aussergerichtliche Geständniß des von gedachtem L. v. B. begangenen Diebstahls zur priuatione feudi für hinlänglich nicht zu halten, vielmehr in Ansehung dessen, daß nicht bloß der Diebstahl, sondern die dadurch gewirkte infamia iuris die Ursache des Verlustes des Lehns enthält, die sententia quoad delictum condemnatoria abzuwarten sey, ehe die actio feudi priuatoria angestellt, mithin auch die veräusserten Lehnstücke revocirt werden können. 17

Vierte Frage.

Ob nicht der Herr Major von B. und Consorten vorläufig Possession von den Gütern nehmen können und dürfen? 18

Ob nun wohl die Behauptung dieser Frage daraus einen Anschein gewinnen dürfte, daß sonst ein Lehn durch die begangene Felonie nach einiger Rechtslehrer Meinung ipso iure für verlohren und eröffnet gehalten wird; 19

God. Lüd. Mencke in diss. feudum per omnem feloniam ipso iure amitti.

Dennoch aber und dieweil 1) auch bey einer wahren felonia, nach richtigern Rechtsgründen, sowohl causae cognitio als sententia priuatoria erfordert wird, 20

Struuius in synt. iur. feud. c. 15. aph. 11.

und dieses bey der felonia impropria um so mehr zum voraus zu setzen, als dabey infamia iuris ex delicto contracta causam priuationis enthält;

diesem zu Folge 2) vor erfolgter sententia priuatoria der Besitz des Lehns nicht erlediget ist, und daher aus diesem Grunde und ob defectum vacuae possessionis der Besitz des Lehns nicht ergriffen werden kann;

Als ergibt sich daraus:

daß der Herr Major v. B. und Consorten vorläufig Possession von den Lehngütern zu nehmen aus eigenen Rechten nicht befugt sey. 21

Fünfte Frage.

Ob in dem andern Falle, daß die actio priuatoria und Besitznehmung der Güter eher nicht statt hat, bis der von B. seiner Verbrechen wegen condemnirt worden, dem Major von B. und Consorten nicht pendente inquisitione oder auch durante absentia delinquentis die Administration der Güter zukomme, und ob in diesem Falle der erstere zu seiner Entschädigung soviel als zum Ersatz des Diebstahls nöthig ist, vor seinem Stiefbruder dem Premier-Lieutenant v. B. voraus nehmen könne, beyde aber alsdann, wenn ihnen das Lehn dereinst zugesprochen wird, auch die während der Administration erhobenen Früchte lucriren? 22

23 Ob nun wohl der vasallus delinquens pendente lite et inquisitione seines Besitzes am Lehne nicht entsetzet werden kann, immaßen in Rechten bekannt ist, pendente lite neminem possessione priuandum esse;

C. 1. et 2. X. vt lite pend. nihil innouet.

24 Dennoch aber und dieweil 1) aus diesem Grunde nur so viel sich ergibt, daß aus der angestellten Inquisition keine rechtliche Ursache, während derselben den Besitz der Lehne zu verlangen, genommen werden kann, hergegen aus den in der Geschichts-Erzählung bemerkten Umständen in Erwägung kommt,

daß 2) der vasallus delinquens wegen der begangenen That zu Wasser sich zu begeben und gänzlich zu entfernen sich erkläret, und dabey den Herrn Major, als nächsten Agnaten und Lehnsfolger gebeten sich sogleich seiner Güter zu bemächtigen, und für sein Eigenthum zu halten, solches aber ein mandatum seine Lehngüter in Besitz zu nehmen, enthält, folglich, und sofern solches erweislich beyzubringen ist, der Herr Major schon hieraus ex voluntate absentis der Administration der Güter sich zu unterziehen, berechtiget ist;

25 Hiernächst 3) die Abwesenheit des vasalli delinquentis, zumahl da diese nach vorgedachter Erklärung, und nach den vorwaltenden besonderen Ursachen, die Vermuthung einer beständigen Abwesenheit für sich hat, einen rechtlichen Grund enthält, aus welchem die Agnaten und nächsten Lehnfolger die administrationem bonorum absentis vermöge der zustehenden Lehnfolge gerichtlich suchen können, possessio enim bonorum feudalium absentis, praestita cautione tribuenda est proximo agnato, existente licet proxima consanguinea;

Meuius P. 2. dec. 13.
Brunnemann ad L. 2. D. de curatore bonis dando num. 25.
Carpzov P. 3. const. 15. def. 48.

26 und wenn gleich 4) Leyser

ad Pand. spec. 97. med. 7.

daß des Abwesenden Allodialerbe, dessen Lehnfolgern in der cura absentis vorzuziehen sey, vermeinen will, weil der Allodialerbe die Früchte des Lehns zu geniessen habe, dennoch der Grund der curae bonorum absentis in dem an den Lehnseinkünften gemachten Anspruche nicht, sondern nach der Analogie der Rechte in spe futurae successionis beruhet;

Meuius P. 2. dec. 13. n. 3.
Carpzov l. c. def. 48.

27 soviel aber 5) die Lehnsfrüchte betrifft, dabey in vorliegendem Falle vorzüglich in Betracht kömmt, daß die causa priuationis feudi in infamia iuris per delictum contracta beruhet, und solche erst per sententiam quoad delictum condemnatoriam erklärt wird, mithin die Lehnsfrüchte bis zu solchem Urtheile dem vasallo delinquenti verbleiben, von Zeit des Urtheils aber mit dem Lehne den nächsten Lehnfolgern anfallen,

und

und alsdann erst der Rechtsgrund eintritt, quod feudum ex causa amissionis propter ius successionis ex prima inuestitura quaesitum ipsa legis potestate transeat in agnatos, ita vt hi omnes fructus a tempore commissae feloniae pendentes et perceptos consequi valeant;

Gabr. Schweder de fructib. feudi §. 16.
Rosenthal tr. feud. concl. 10. c. 42. n. 30.

daraus aber 6) folgt, daß, da dem Major von B. die Entschädigung wegen des erlittenen Diebstahls aus dem allodio vasalli delinquentis gebühret, solche auch demselben aus den Früchten des Lehns, so weit sie dem vasallo absenti gebühren, vorzüglich zu leisten sey; 28

Hergegen 7) die übrigen durante administratione erhobenen Früchte bis zu ergangenem obgedachtem Urtheile dem abwesenden vasallo verbleiben und zu dessen Allodial-Vermögen gehören, von Zeit des ergangenen Urtheils aber den Lehnfolgern billig zuzutheilen sind;

Als halten wir in den Rechten dafür:

daß während der Abwesenheit des vasalli delinquentis der Major v. B. und Consorten, und zwar ersterer ex mandato absentis, beyde aber als nächste Lehnfolger die Administration der Lehngüter zu fordern, und in solchem Falle ersterer seine Entschädigung, und so viel als zur restitutione furti nöthig ist vor seinem Stiefbruder dem Premier-Lieutenant von B. aus den Lehnsfrüchten zum voraus zu verlangen berechtiget, beyde hergegen nur erst nach erfolgter sententia propter delictum condemnatoria die Früchte lucriren können. 29

Sechste Frage.

Wohin die Inquisition gehöre, ob vor die Lehncurie oder vor die Regierung, als das höchste Landesgericht, oder vor die adelichen Gerichte, unter welchem das Verbrechen begangen worden, und in Ansehung dessen der Verbrecher Mitgerichtsherr ist? 30

Ob nun zwar das forum criminale competens sonst ex loco vbi delictum commissum est, begründet, und dabey auf das forum ordinarium rei nicht gesehen wird, und daß daher die Untersuchung vor den adelichen Gerichten angestellet werden könne, es das Ansehen haben, allenfalls aber, und weil die causa amissionis feudi zur Lehn-Curie gehöret, auch die Untersuchung des Verbrechens aus welchem sie begründet wird, dahin zu ziehen seyn dürfte; 31

Dennoch aber und dieweil 1) das forum delicti alsdann eine Ausnahme leidet, wenn der delinquens von der ordentlichen Gerichtbarkeit des Orts kraft besonderer Freyheit eximiret ist, 32

Carpzov in prax. crim. qu. 110. n. 78.

gleichwohl der vasallus delinquens unter den adelichen Gerichten des Orts nicht, sondern nach dem Vorrechte adelicher Vasallen unter der Landesregierung stehet;

33 und daher 2) die Untersuchung des Verbrechens nur allein vor der Landesregierung tamquam foro priuilegiato vasallorum angestellet werden kann;

und ob zwar 3) die causa feloniae als eine causa feudalis, vor die Lehn-Curie einzig und allein gehöret, dennoch diese von der sententia propter delictum condemnatoria aus welcher erst die infamia iuris, als causa amissionis feudi erwächst, abhänget, und diese in foro criminali competente zu erörtern ist: als halten wir in Rechten dafür,

34 daß die Inquisition weder vor die Lehncurie, noch vor das adeliche Gericht des Orts, sondern allein vor die Regierung, als das höchste Landesgericht, gehöret.

Siebente Frage.

35 Ob die Inquisitions-Kosten aus dem Lehne zu nehmen, oder ob solche der dominus iurisdictionis tragen und das Lehn unbeschwert lassen muß?

Ob nun wohl die Inquisitionskosten für keine Lehnschuld zu achten sind, und solche sonst von den peinlichen Gerichten in subsidium getragen werden müssen;

36 Dennoch aber und dieweil 1) die Inquisitions-Kosten aus dem Vermögen des Inquisiten, wenn solches zureichet, und er des Verbrechens wirklich schuldig ist, vorzüglich zu erheben,

Boehmer de expens. crim. cap. 3.

folglich auch aus den Lehnseinkünften, weil diese zum allodio gehören, genommen werden können;

und dann 2) in vorliegender Sache in Betracht kommt, daß während der Untersuchung die Lehnseinkünfte zu dem Vermögen des vasalli delinquentis zu rechnen sind, und erst von Zeit der sententiae condemnatoriae an die infamia iuris entspringet, welche den Verlust des Lehns und der Lehnseinkünfte wirket;

Als ergeht unsere rechtliche Meinung dahin:

37 daß die Inquisitions-Kosten aus den Lehnseinkünften zu nehmen, und die Gerichte solche nur in subsidium zu tragen schuldig.

Achte Frage.

38 Wie gegen den Delinquenten, wenn er flüchtig wird und nicht zur Haft gebracht werden kann zu verfahren und welche remedia der Major v. B. und Consorten in diesem Falle zu ergreifen haben, um zum Besitze der verlassenen Güter zu kommen?

39 Ob nun wohl das Verfahren gegen abwesende und flüchtige Delinquenten behuf einer zu erkennenden Strafe nicht überall gleichförmig ist, und an einigen Orten bis zum Endurtheile nicht verfahren, sondern die gehörig instruirte Sache bis zur Ge-

le-

legenheit, des Flüchtigen habhaft zu werden, ausgesetzet wird, darneben auch die annotatio bonorum absentis von Gerichts wegen verfüget zu werden pfleget;

Peinl. H. Ger. Ordn. Caroli V. art. 206.

Dennoch aber und dieweil 1) das in Frage stehende Verbrechen von der Beschaffenheit ist, daß in Betracht aller dabey eintretenden Umstände eine Landesverweisung oder eine ähnliche ausserordentliche Strafe statt finden kann; 40

und dann 2) bey dergleichen Verbrechen gegen Abwesende und Flüchtige mit der Edictal-Citation verfahren, die Sache so viel möglich im Beweise instruiret, und gegen sie endlich als confessos et conuictos erkannt werden kann;

Kress in comment. ad const. crim. art. 155.
Boehmer ad cit. art. 155. §. 2.

Hiernächst 3) die auch sonst gegen Abwesende vorgeschriebene annotatio bonorum nur allein die Absicht hat, daß die Flucht des Abwesenden durch dessen Vermögen nicht erleichtert und er daraus nicht unterhalten werde, 41

Boehmer ad const. crim. art. 206. §. 2.

hergegen nicht hindert, daß die nächsten Lehnfolger die curam et administrationem bonorum absentis kraft der Lehnsfolge und des sie treffenden Lehns-Anfalls nach den bey der 5ten Frage angeführten Gründen, nicht mit Bestande suchen sollten, immaßen solches den nächsten Freunden gegen eine geleistete Caution, dem Flüchtigen von den Einkünften nichts verabfolgen zu lassen, in der peinlichen Hals-Gerichts-Ordnung

art. 206.

ausdrücklich vorbehalten ist;

Als sind wir der rechtlichen Meinung:

daß wenn der vasallus delinquens flüchtig bleibt und nicht zur Haft gebracht werden kann, gegen ihn, als Abwesenden, nach Vorschrift der Rechte bis zum Endurtheile verfahren werden könne, und hieben der Herr Major von B. und Consorten die curam et administrationem bonorum feudalium zu suchen und dadurch zu dem Besitz der Lehngüter zu gelangen berechtiget sind. 42

Neunte Frage.

Ob der Herr Major von B. deswegen daß er den Delinquenten, als er ihm sein Verbrechen gestanden nicht sofort propria auctoritate arretirt, sondern ihm Zeit zur Flucht gelassen hat, Verantwortung zu befürchten habe? 43

Ob nun wohl in dem Falle, wenn die adelichen Gerichte des Majors von B. in dieser Sache eine befugte Gerichtbarkeit gehabt, aus verabsäumter Arretirung einige Verantwortung zu besorgen seyn dürfte; 44

Dennoch aber und dieweil 1) ein Mitgerichtsherr den Gerichten des Orts nicht, sondern den höhern Landesgerichten unterworfen ist, und daher der Herr Major kraft sei-

seiner Gerichtbarkeit den Delinquenten zu arretiren, in keiner Verbindlichkeit gestanden, folglich auch, dessen Unterlassung halber, keine Verantwortung auf ihn fallen kann;

überdem 2) dazu, daß gegen einen adelichen Vasallen, welcher mit einem Lehnsgute angesessen ist, mit der Arretirung verfahren werden könne, eine causae cognitio erfordert wird, welche in foro competente angestellet werden müssen;

Als erhellet hieraus:

45 daß kein rechtlicher Grund vorhanden, aus welchem der Herr Major v. B. der eigenmächtig nicht unternommenen Arretirung des Delinquenten halber eine Verantwortung besorgen könne.

Zehnte Frage.

46 Ob der Major v. B. auf die Demolition des ohnehin den Einsturz drohenden Hauses, aus dessen Dache der Einbruch in das seinige geschehen, antragen könne, um ferneres Unglück, sowohl Diebstahl als Brand zu verhüten, welches beydes im Falle einer heimlichen Rückkunft des entwichenen von B. zu befürchten ist?

47 Ob nun zwar sowohl die Beschaffenheit eines den Einsturz drohenden Hauses, als auch die Gefahr eines ähnlichen Diebstahls und Brandes erhebliche Gründe, zu Vorkehrung aller Mittel der Sicherheit enthält, und daraus für die Bejahung dieser Frage ein Anschein erwächst;

Dennoch aber und dieweil 1) in Ansehung eines den Einsturz drohenden Hauses die Rechte nur die cautionem damni infecti und bey dessen erfolgter Verweigerung, die immissionem in possessionem verfügen,

L. 7. D. de damno infecto.

hergegen deshalb auf eine Demolition nicht angetragen werden kann;

Hiernächst 2) der Besorgung eines ähnlichen Diebstahls oder eines Brandes eines Theils auf den Fall einer heimlichen Zurückkunft des Delinquenten gestellet ist, andern Theils an speciellen Anzeigen einer Gefahr es annoch ermangelt,

Darneben 3) auch in solchem Falle die Mittel der zu bewirkenden Sicherheit nicht sowohl durch Demolition des Gebäudes als durch Arretirung der Person, von welcher eine Gefahr zu besorgen, zu nehmen seyn würden;

Als erhellet hieraus:

daß vorstehende Frage nicht bejahet und behauptet werden könne. 1771.

Num. 154.

Num. 154.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

De iure domini directi in alienationem rei feudalis consentientis, specialia iura in casum aperturae sibi reseruandi et quatenus nouiter inuestitus haec iura exercere possit.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Species facti. n. 1.
Quaestiones propositae. n. 2.
Per emtionem venditionem rerum feudalium cum consensu domini initam emtor bona emta irreuocabiliter acquirit. n. 3. 4.
Emtor qui feudum acquisiuit nec eum eo inuestitus est, illud tanquam allodium habet. n. 5.
Clausulae et conditiones contractui adiectae, quae cum ipso contractu pugnant pro falsis habendae sunt. n. 6.
Si dominus directus rem feudalem cum eius consensu venditam a nexu feudali nec liberat, nec acquirentem cum ea inuestit, vasalli venditores vero post venditionem cum ea porro infeudantur nil amplius quam vsusfructus eius rei venditus esse censetur. n. 7.
Nec impedit quod talis venditio *ein ewiger Erbkauf* dicta sit. n. 8. 9.
Dominus qui in venditionem feudi consentit in casum aperturae retrouenditionem sibi reseruare potest. n. 10.
Etsi partes *einen ewigen Erbkauf* inierint, tamen pactum de retrouendendo adiici potest. n. 11.
Clausulae et conditiones contractui adiectae nisi vrgentissimae causae adsunt pro falsis haberi nequeunt. n. 12.
Quaestionis primae decisio. n. 13.
Nouiter de feudo inuestitus pertinentias eius alienatas reluere potest. n. 14.
Nec speciale mandatum domini opus est. n. 15.
Eum qui vi iuris retentionis rem possidet, de fructibus rationes reddere oportet. n. 16.
Mandatum domini adesse videtur. n. 17.
Vasallus qui rem feudalem vendit, vel in emphyteusin dat, eam reluere nequit. n. 18.
Conditiones quas dominus consensui in alienationem adiicit vasallus in suum fauorem allegare non potest. n. 19.
Feudo domino aperto, ad eum ea tantum perueniunt iura quae vasallus habuit, non vero ea quae vasallus licite in alium transtulit. n. 20.
Iura quae dominus in casum aperturae specialiter sibi stipulatus est, ad feudum apertum proprie non pertinent. n. 21. 22.
Nec ex expectatiua nec ex noua inuestitura ea postulare potest nouus vasallus. n. 23.
Quae enim vasallus antecessor non habuit ad eum non deuoluuntur. n. 24.
Natura negotii de quo imprimis agitur examinatur. n. 25.
Ius retentionis exercetur finita possidendi causa, ob debita connexa. n. 26.
Vasallus nouiter inuestitus itaque ad reluitionem exercendam legitimatus non est. n. 27.
Quaestionis secundae decisio. n. 28.

Rechtsgutachten.

§. 1.

1 Das adeliche Geschlecht der von A. hat von einem angesehenen Reichsfürsten unter andern Gütern auch die Zehnten zu M. und H. nebst einem Hof zu H. zu Lehn getragen. Im Jahr 1492 haben die beyden Gebrüder Otto und Harbort von A. diesen Hof nebst jenen beyden Zehnten der Kirche zu S. auf 20 Jahr für 200 Rheinische Gulden versetzt, und ist die lehnherrliche Einwilligung in diese Versetzung unter der Clausel ertheilet worden:

> wenn deese Gůdere Uns oder Unsern Nachkommen und Erven verledigen edder los werden, so shullen noch wullen wy de Gůder Nemanden wedder verlehnen oder vorgeven, noch vor Uns beholden, wy hebben denn den gedachten Kerckgeschwornen erst twey hundert rinische Gulden wedder gegeven.

Im Jahr 1500 am St. Jürgen-Tage haben die Brüder Otto und Harbort von A. beyde Zehnten und den Hof zu H. der Kirche zu S. für 300 rheinische Gulden durch einen ewigen Erbkauf verkauft. Sie erklären in dem darüber ausgestellten Briefe:

> dat wy hebben verkoft unde verkopen gegenwerdig in Kraft deeses Breffes to enen ewigen vasten Erve Kope unsern Hoff thom H. mit dem Tegenden —— unde den Tegenden to M. —— den ersamen Karckschwornen tho S. —— vor drehundert guder vulwichtiger rinisher Gulden, de wy Otto und Harbort vorgenomet von den vorbenömeden Karckschwornen entfangen hebben und van enen wol betalet sůnt, und hebben sodanen Hoff und Tegenden öhnen verlaten und in ere brukende Were geben in Kraft und Macht deeses Breffes sunder einigerlei Insäge und Reygerunge.

Auch in diesen Kaufbrief hat der hohe Lehnherr mittelst einer im Jahr 1500 am Sonnabend nach Dorotheae Virginis ausgestellten Urkunde die lehnherrliche Einwilligung ertheilet, und ist aus dem Consensbriefe zu der Versetzung, auch bey dieser Einwilligung in den ewigen Erb-Verkauf die Clausel wegen dereinstiger Einlösung angehänget und folgendes darin angeführt worden, daß Otto und Harbort von A.

> den Karckschwornen to S. de Tegenden to M. und to H. mit dem Have darselbest vor drehundert rinische Gulden to enen Erve Kope verkoft hebben, unde als denn sodane Tegenden unde Hoff von Uns unde Unsere Herschop to Lehne gan, ist důße Kop geschehn mit Unsen Wyttende Willen und Vulborth, den Wy ock dartho geven gegenwärtigen unde mit Kraft důßes Unses Breffes. Unde wenn důße boven schrevenn Gůder Unß oder Unsen Nachkommen und Erven verledigden oder los worden, in watt Mathe dat důt geschehen sullde, so shullen noch willen Wy de Gůdere nemand wedder verlehnen, vergeven, noch vergünnen to lösende, edder vor Unß selvest beholden, den gedachten Karckschwaren

erst

erst dre hundert rinische Gulden woll to Dancke wedder geven unde gütlick entrichtet syn,

und es sind diese erb- und ewiglich verkaufte Lehns-Stücke den Vasallen auch nach diesem Verkaufe immer fort verliehen und in den ertheilten Lehnbriefen jederzeit mit nahmhaft gemacht worden.

§. 2.

Im Jahr 1721 ist von dem hohen Lehnherrn den von B. eine Expectanz ertheilet, worin ihnen

ein losgefallenes Lehngut mit allen dessen Zubehörungen, Recht und Gerechtigkeiten, Nutz und Intraden, wie solches die vorigen Vasallen inne gehabt und besessen haben oder besitzen und geniessen können

versprochen worden.

Als nach Ausgang der Familie von A. der Expectanz-Fall sich ereignet; hat der Expectivirte von B. in der unterm 8ten Jan. 1763 bey hoher Lehn-Cammer übergebenen Specification der Lehns-Pertinenzen, mit welchen vorhin die von A. belehnt gewesen, auch die beyden Zehnten zu M. und zu H. nebst einem Hofe daselbst mit der Anfrage angezeigt, ob hohe Lehn-Cammer die Redintegrirung dieser Pertinenzen zu unternehmen rathsam finde, auch dabey zur Erlegung sowohl der ehemahligen Kaufgelder als der wegen dieser Redintegrirung aufzuwendenden Kosten sich erboten.

Hierauf ist der Expectivirte von B. mit jenem durch des letzten von A. Absterben dem hohen Lehnhofe heimgefallenen und eröffneten Lehne im Jahr 1763 wirklich belehnet worden, jedoch ist wegen der vormahligen Lehnsparcelen jener beyden Zehnten und des Hofes zu H. damahls nichts, sondern demnächst im Jahr 1767 beschlossen:

diese Sache bis zur Majorennität der minorennen Vasallen von B. auszusetzen und alsdann des höchsten Lehnherren gnädigste Willensmeinung darüber zu vernehmen.

Unterm 14ten Jan. 1778 ist auf weiteres Ansuchen, von dem Lehnherrn die Resolution nur dahin erfolget:

wie zwar erwähnte Lehnsparcelen dem neuen Lehnbriefe, gleich denn vor Zeiten geschehen sey, inserirt werden sollten, man indessen abseiten der Lehen-Cammer den Vasallen überlasse, solche jedoch auf ihre Kosten wiederum einzulösen, und sich mit der Kirche zu S. desfalls gehörig abzufinden, wobey man denn, wenn solches zur Endschaft gebracht seyn werde, von den bey dieser Handlung vorgekommenen Umständen ausführliche Nachricht und Bericht gewärtigen wolle.

Mit Beziehung auf diese Resolution hat der Majorenne von B. und des Minderjährigen Vormund an die Kirchen-Commissarien und Juraten der Kirche zu S. unterm 28ten Febr. 1778 ein Schreiben erlassen, und sich erklärt

die

die im Jahr 1500 zum Wiedereinlösungsquanto bestimmten 300 rheinische Gulden nach damahligem innerm Werthe zu entrichten: dagegen aber die Abtretung und Einräumung der qu. Lehenparcelen, nebst den seit Abgang der Familie von A. erhobenen Nutzungen, in so fern diese die rechtmässigen Zinsen von dem Capitale praeuia liquidatione übersteigen würden, zu gewärtigen.

Wie nun die Kirchen-Commissarien und Juraten solches bey dem ihnen vorgesetzten Landes-Consistorio angezeiget, und um Verhaltungsbefehle nachgesuchet: so entstehen hiebey folgende zwey Hauptfragen:

2 1) Ob die Wiedereinlösung dieser von der Familie von A. im Jahr 1500 der Kirche zu S. erb- und ewiglich verkauften Lehnspertinenzen der beyden Zehnten nebst dem Hofe zu H. nach erfolgtem Ausgange des Geschlechts von A. den Rechten nach für statthaft und gegründet zu halten? Und ob

2) die von B. kraft der erhaltenen Expectanz und Belehnung, zur Einlösung gedachter Lehnsparcelen für berechtiget, und zu der deshalb an die Kirche zu S. angebrachten Forderung für hinlänglich legitimirt zu achten?

§. 3.

3 In Ansehung der ersten Frage hat die Kirche zu S. folgende scheinbare Gründe für sich, daß die gesuchte Wiedereinlösung für statthaft nicht zu halten seyn möchte; I) Aus dem über die beyden Zehnten und den Hof zu H. im Jahr 1500 geschlossenen Contract, welcher für die Grundlage der Rechte der Kirche zu S. anzusehen, hat die Kirche ein festes ewiges Recht an diesen Zehnten und Hofe erlanget.

Dieser Contract ist 1) als ein wahrer Erbkauf zwischen den von A. und der Kirche zu S. geschlossen; und wegen der Wahrheit und Aufrichtigkeit dieses Kauf-Contractes läßt sich kein erheblicher Zweifel machen, indem selbiger die wesentlichen Stücke eines Kaufs und Verkaufs nemlich die Uebereinkunft über eine gewisse bestimmte für einen verabredeten Preis zu gebende und anzunehmende Sache, in den darin verkauften Güter-Stücken und dem dafür bestimmten Kauf-Preise von 300 Rh. Gulden enthält, und nicht allein nach der ausdrücklich erklärten Gesinnung der Contrahenten für einen ewigen festen Erbkauf erklärt ist, sondern auch nach dem darüber ausgestellten Consensbriefe des Lehnherrn dafür in den Worten

to enen Erve Kope verkoft hebben

anerkannt, und dabey, daß

düße Kope geschehn mit Unsen Wyttende, Willen und Wolborth,

zu erkennen gegeben worden ist, diese lehnherrliche Anerkennung schützt diesen Erbverkauf gegen alle Zweifel, und gegen allen Verdacht, daß darunter ein Pfand-Contract verborgen liege, und die Anwärter müssen ihn auch für denjenigen Contract annehmen, für welchen der hohe Lehnherr selbst ihn anerkannt hat,

Der

Der Rechtsbestand des Verkaufs dieser Lehnspertinenzen beruhet 2) auf der dazu ertheilten lehnherrlichen Einwilligung: vasallo enim et partem feudi vendere licet ex permissione domini

II. F. 55. pr.
II. F. 44. §. 1.

4 Die Wirkung eines mit lehnherrlicher Einwilligung geschlossenen Verkaufs eines Lehnstücks ist 3) theils aus der Natur des Verkaufs, theils aus der ertheilten lehnherrlichen Einwilligung zu beurtheilen. Von Seiten der von A., als Verkäufer, ist der Kirche zu S. durch diesen festen und ewigen Erbverkauf ein unwiderrufliches Recht übertragen, und dem Anschein nach würde dieser Verkauf nicht ein ewiger genannt seyn können, wenn die von A. zu irgend einer Zeit ein Recht zur Wiedereinlösung sich vorbehalten hätten. Die lehnherrliche Einwilligung gibt ferner diesem Verkaufe nicht allein einen völligen Rechtsbestand in Ansehung der Vasallen, sondern es bestehet auch diese Veräusserung gegen den Lehnherrn, als einen der einwilligenden Theile ea est enim consensus natura vt dominus consentiens iuri suo, quod in feudo habet, renunciasse videatur: cui postea contrauenire nequit quia ex consensu in perpetuum est deuinctus.

Stryk de obligatione feudi consensu munita cap. 2. n. 39.

Hinc dominus, qui consensit in alienationem feudi, oblato pretio feudum, licite alienatum, repetere non potest; quoniam consentiente domino a vasallo alienatum, perinde habetur, ac si non a vasallo sed ab ipso domino alienatum fuisset

Stryk l. c. cap. IV. n. 12.
Carpzov in resp. iur. lib. 4. resp. 67.

§. 4.

5 Das Recht, welches die Kirche zu S. an diesen Hof und Zehnten erlangt, kann auch II) für nichts anders als für ein allodiales und von der Lehns-Verbindung freyes Recht gehalten werden. Dieses erhärtet 1) sowohl die Natur und Eigenschaft des geschlossenen Erbkaufs als der Inhalt der Urkunde, indem die von A. darin erkläret, besagten Hof und Zehnten den Kirchgeschwornen

gentzlich zu verlaten,

und in ere hebbende bruckende Were zu geben, wodurch die translata hereditaria possessio übertragen ist, so wie dergleichen possessio auch sonst eine Erv en hebbende Were genannt wird.

Haltaus in gloss. Germ. p. 375.

Und wie ohnedem ein einer Kirche übertragenes Erbrecht, nach der Eigenschaft einer Kirche als einer personae moralis, in keiner andern als in der Bedeutung eines Allodial-Rechts, angenommen werden kann, so wird auch solches 2) im gegenwärtigen Falle dadurch bestätigt, daß die Kirche zu S. weder in dem ertheilten Consensbriefe

zu einer Lehnspflicht angewiesen noch auch seit mehr als 200 Jahren irgend eine Anforderung auf eine Lehnspflicht an sie gemachet worden. Wenn also die Kirche ein erbliches und vom Lehns-nexu freyes Recht an gedachtem Hofe und Zehnten erlanget: so scheinet daraus die Folge sich zu ergeben, daß dieser Hof und Zehnten durch den Erbverkauf und die darin ertheilte lehnherrliche Einwilligung in ein Allodium verwandelt worden.

§. 5.

6 Bey so bewandten Umständen dürften auch III) die Bedenken und Einwürfe, welche aus der der Consens-Urkunde angehängten, und die Wiedereinlösung betreffenden Clausel entspringen, aus folgenden Gründen sich bestreiten lassen.

Da 1) der Erbkauf über die beyden Zehnten und den Hof zu H. in dem Maße, wie er geschlossen worden, mithin als ein ewiger Erbkauf vom Lehnherren bewilligt und bestätigt ist, so hat es einen rechtlichen Anschein, daß die, die vorbehaltene Wiedereinlösung betreffende Clausel damit in einem Wiederspruche stehe, und diese deshalb pro non adiecta zu halten sey; indem das der Kirche zu S. aus dem verbindlich geschlossenen und lehnherrlich bewilligten ewigen Erbkaufe erwachsene und erworbene Recht ihr nicht wieder entzogen werden können: sicuti enim initio libera potestas vnicuique est habendi vel non habendi contractus: ita renunciare semel constitutae obligationi, aduersario non consentiente, nemo potest.

L. 5. C. de oblig. et act.

Ueberdem möchte es 2) das Ansehen haben, daß diese Clausel aus dem ersten im Jahr 1492 geschlossenen Pfand-Contracte in die über den Erbkauf ertheilte Consens-Urkunde übertragen, und dieses mehr aus einem Irrthume des Expedienten, als nach der Gesinnung des hohen Lehnherrn geschehen sey: clausulae enim inconsuetae facile inducunt praesumtionem, eas ex certa scientia non accessisse.

Wernher obs. for. P. I. obs. 205. n. 46. ibique cit. DD.

Und ungeachtet 3) die Kirche zu S. zur Zeit der geschehenen Ausstellung dieser Urkunde gegen diese Clausel nichts erinnert hat, so dürfte dennoch deren Einwilligung daraus nicht zuverlässig zu folgern seyn, weil eines Theils, bey dem angeführten Wiederspruche dieser Clausel mit dem Hauptcontracte, dergleichen Einwilligung nicht vermuthet werden mag, andern Theils die damahligen Kirchen-Juraten den sich von selbst ergebenden wahrscheinlichen Umständen nach, keine Rechtsverständige, sondern der Rechte unerfahrne Bauersleute gewesen, welche zu jenen Zeiten selten nur einmahl lesen und schreiben können, und von denen also zu vermuthen ist, daß sie von der Gnade ihres Landesherrn allzusehr überzeugt gewesen sind, als daß sie glauben mögen, es werde derselbe in dem zu einem ewiglichen Erbkauf ertheilten Consensbriefe die Natur ihres Contracts ändern, und diesen in einen zeitwährigen Kauf unter vorbehaltenem Wiederkauf verwandeln, welche mithin ihres Orts keine Ursache zu haben vermeinet, bey dem Contracte nicht zu acquiesciren.

§. 6.

§. 6.

So vielen Anschein die angeführten Gründe nun auch haben mögen, so verliehren sie jedoch bey genauer Beurtheilung des Rechts, was die Kirche zu S. an beyden Zehnten und dem Hofe zu H. aus dem im Jahr 1500 geschlossenen Erbkauf erhalten hat, ihre Kraft. 7

Nach dem ganzen Zusammenhange dieses Rechtsgeschäfts hat I) die Kirche zu S. an diesen Zehnten und Hofe weder ein Allodial-Eigenthum, noch auch das wirkliche lehnbare Eigenthum, oder dominium vtile selbst, so die von A. daran gehabt, sondern nur allein das in dem dominio vtili liegende Benutzungsrecht daran erlanget.

Daß 1) die von A. durch den Erbverkauf der Kirche zu S. kein allodiales Eigenthum daran geben können, solches leidet schon deshalb keinen Zweifel, weil sie selbst daran kein Allodialrecht gehabt, sondern diese Stücke nur zu Lehn getragen haben. Die Verwandlung des Lehns in Erbe ist aber kein Geschäft des Vasallen, sondern des Lehnherrn, in dem lehnherrlichen Consensbriefe ist nun aber so wenig von einer dahin gehenden Absicht, als von einer darauf zielenden Erklärung eine Spur zu finden. Vielmehr wird in der Consens-Urkunde der Lehns-nexus, womit diese Stücke behaftet gewesen, zum voraus gesetzt, und solcher als die Ursache der in den Verkauf ertheilten lehnherrlichen Einwilligung angeführet:

> unde alsdenn sodane Tegenden unde Hoff von Uns unde Unserer Herschop to lehne gan, ist düße Kop geschehn mit Unsen Wyttende Willen und Vulborth, den Wy ock darto geven jegenwerdigen in unde mit Krafft düßes Unses Breffes.

Eben so wenig ist auch 2) das nutzbare Lehns-Eigenthum, so den von A. an diesen Lehn-Stücken zugestanden, durch diesen Verkauf der Kirche zu S. übertragen worden.

Dieses erhärten folgende drey Gründe: indem a) die von A. diese Lehnspertinenzen auch nach dem Verkauf im Lehns-nexu behalten, und damit fernerhin in den Lehnbriefen belehnet worden; hergegen b) selbige der Kirche zu S. nie zu Lehn verliehen und gereichet worden sind, mithin sie kein nutzbares Lehns-Eigenthum, als welches bloß durch die Belehnung erlanget werden kann,

I. F. 25.
II. F. 33.

daran erlangt hat; ferner auch c) der hohe Lehnherr in der ertheilten Consens-Urkunde dieses, daß solche Lehns-Stücke in dem Lehns-nexu der von A. verbleiben sollten, ausdrücklich voraus setzet, und auf den Fall der künftigen Lehns-Eröffnung in diesen Worten Rücksicht nimmt,

> unde wenn düße boven schreven Güder Uns effte Unsen Nachkommen Erben verledigten oder los werden, in watt Mathe dat den bequeme.

 Wenn

Wenn also 3) weder ein Allodial-Eigenthum an diesen Lehns-Stücken auf die Kirche zu S. gebracht werden können, noch auch ein nutzbares Lehns-Eigenthum daran auf sie gebracht worden: so ergibt sich schon daraus, daß alles Recht, was die Kirche zu S. daran erlanget, in dem in dem dominio vtili liegenden erblichen Benutzungs-Rechte bestanden, und in einem stärkeren Rechte nicht bestehen können. Ein anderes Recht drücket auch der Kaufbrief nicht aus, als worin die von A. erklären: daß sie sothanen Hoff und Zehnten gänzlich verlaten und in ere hebben bruckende Were bringen, welcher Ausdruck so viel bezeichnet, daß sie die benannten Stücke in ihrem Besitz haben und gebrauchen sollten. Dieses durch den Erbkauf übertragene Benutzungs-Recht an diesen Lehns-Stücken hat auch mit dem Lehnsnexu bestehen können, worin sie in Ansehung der von A. geblieben.

§. 7.

8 II) Aus der Natur des über diese Lehns-Stücke geschlossenen Erbkaufs läßt sich auch kein stärkeres Recht für die Kirche zu S. herleiten. Dieser enthält nur den Titel, aus welchem sie das erbliche Benutzungs-Recht an diesen Lehns-Stücken erlanget, durch einen Erbkauf können aber alle Gattungen der Rechte, dingliche und persönliche, und daher auch blosse Benutzungs-Rechte übertragen werden, und der Name eines Erbkaufs hat auch diesem Geschäfte deshalb beygelegt werden können, weil das Benutzungsrecht an gedachtem Hof und Zehnten nicht unter der lehnbaren Eigenschaft, unter welcher es die von A. behalten, auf die Kirche zu S. gebracht worden.

§. 8.

9 Daß III) dieser Kauf unter der Eigenschaft eines ewigen Erbkaufs geschlossen worden, solches hat der Kirche nur in Ansehung ihrer Verkäufer, der von A., so lange deren Stamm dauern würde, ein unwiederrufliches Recht gegeben. Der Sinn dieses Ausdrucks muß nemlich, der Natur des Gegenstandes und der Macht, darüber zu disponiren, angemessen werden, und der Ausdruck ewig wird in dem Verstande eines unbestimmten langwierigen Zeitraums in den Urkunden oft gebraucht. Germanis enim haec vox significat non solum aeternum in sensu eminentissimo, sed et quod ciuili destinatione mansurum est quam diutissime,

Haltaus in gloss. Germ. p. 415. 416.

§. 9.

10 Ungeachtet IV) dieser Verkauf so wie er geschehen, mit Wissen und Willen des Lehnherrn geschlossen worden: so hat es dennoch in der freyen Macht desselben gestanden, bey demselben, so ferne er die künftigen lehnherrlichen Rechte betreffen konnte, die Einlösung der verkauften Lehns-Stücke sich vorzubehalten. Dieses ist in der Consens-Urkunde vom Jahr 1500 in folgenden Worten geschehen:

> Unde wenn düße boven schreven Güder Uns oder Unsen Nachkommen und Erven verledigt oder los worden, so schullen noch willen Wy de Güdere nemand wedder

wedder verlehnen, vergeven noch vergünnen tho lösende oder vor Uns selvest beholden, den gedachten Karckschwaren erst drehundert rinische Gulden woll to dancke wedder geven unde güthlick entrichtet.

Diese Einschränkung unter welcher die lehnherrliche Einwilligung geschehen, leidet weder in Ansehung ihres deutlichen Inhalts, noch auch in Ansehung der lehnherrlichen Befugniß zu derselben einigen Zweifel. Selbst die Art und Eigenschaft des bewilligten Erbkaufs hat sie nothwendig gemacht, wenn anders die lehnherrlichen Rechte an diesen Lehns-Stücken nicht völlig verlohren gehen sollten. Denn da sonst bey einer wirklichen Veräusserung des nutzbaren Lehn-Eigenthums das lehnherrliche Recht nicht leidet, indem der Käufer, der mit dem neuerworbenen Lehn belehnt wird, in Ansehung der Lehnspflicht in die Stelle des Vasallen tritt: so hat hergegen im gegenwärtigen Falle die Kirche zu S. das an den gekauften Lehns-Stücken erlangte Recht zu Lehn nicht empfangen, sondern die von A. haben solche als Lehn und unterm Lehnsnexu behalten. Wäre nun auf den Lehns-Eröffnungs-Fall das Wiedereinlösungsrecht nicht bedungen: so würden die in dem Besitz der Kirche zu S. stehenden Lehns-Stücke nach dem Ausgange der Vasallen nothwendiger Weise völlig in Erbe verwandelt worden seyn; welches gleichwohl gegen die Absicht der lehnherrlichen Einwilligung gewesen seyn und zum Nachtheil der lehnherrlichen Rechte gereicht haben würde.

§. 10.

Bey so bewandten Umständen kann V) ein Wiederspruch unter einem ewigen Erbkauf dieser Lehns Stücke und unter dieser Clausel der Consens-Urkunde worin das Wiedereinlösungsrecht bedungen ist, mit Grund nicht behauptet, noch weniger diese Clausel mit einigem Bestand pro non adiecta gehalten werden. Nur in Ansehung der von A., als Verkäufer, ist dieser Erbkauf ein ewiger Erbkauf. Diese Eigenschaft hat er aber nicht in Ansehung des Lehnherrn bey dem erfolgten Lehn-Eröffnungs-Falle haben sollen. Die lehnherrliche Einwilligung hat auch nichts desto weniger darin ihre Kraft behalten, daß nun die von A. diesen Contract rechtsbeständiger Weise haben eingehen und ohne einen Lehnsfehler zu begehen, der Kirche ein ewiges und in Ansehung ihrer unwiderrufliches Recht abtreten können. Nur die eigenen hohen lehnherrlichen Rechte hat der Lehnherr durch die der Einwilligung beygefügte Einschränkung zu verwahren, und durch die vorbehaltene Einlösung zum künftigen lehnherrlichen Ermessen auszusetzen gesucht, und diesen seinen Zweck durch die angehängte Clausel aufs vollkommenste erreicht:

Ueberhaupt bemerke ich noch dieses, daß unter einem ewigen Erbkauf und unter einem dabey vorbehaltenen Wiederkauf, wenn er auch die Hauptcontrahenten selbst betrifft, nach dem gewöhnlichen stilo der damahligen Zeiten kein Wiederspruch enthalten sey. In einer Urkunde vom Jahr 1503 in

Westphalen monumentis rerum Germ. tom. II. p. 2332.

haben die Gebrüder von Wackerbarth das Dorf Lesten den von Bülow für 1580 lübische

Mark in einem rechten ewigen Erbkauf überlassen, solches ihnen in die habende brauchende Wäre übergeben, um es erblicher Weise ewigen zu besitzen: und dabey nach hundert Jahren den Wiederkauf dieses Guts für eben die benannte Kaufssumme sich ausbedungen.

§. 11.

12 Hieraus erledigen sich auch VI) die gegen gedachte Clausel angebrachten Zweifel. Diese Clausel enthält nemlich 1) nicht eine gemeine und bloß der Gewohnheit nach von den Concipienten beygefügte Clausel, sie ist vielmehr für einen Theil der lehnherrlichen Bewilligung zu halten, und betrifft die vorbehaltenen lehnherrlichen Rechte. Mit Recht kann man sie nennen partem concessionis, quae eamdem declarat et restringit,

Wernher P. I. obs. 205. n. 5.

Um diese pro non adiecta zu halten, dazu fehlt es an einem rechtlichen Grunde und wie es allein in der aestimatione principis concedentis beruhet, quem modum sui beneficii esse voluerit:

L. 191. D. de regul. iur.

so ist hergegen das Recht des Auslegers der lehnherrlichen Verleihung innerhalb den Grenzen der Auslegungsregeln beschränkt,

Ge. Engelbrecht de clausulis concessionum principis §. 32. sq.

Es fehlet auch 2) der Vermuthung, daß diese Clausel aus dem Pfand-Contracte vom Jahr 1492 durch Irrthum des Expedienten in die Consens-Urkunde v. J. 1500 gebracht sey, an einem sichern Grunde. Wenn gleich jener Pfand-Contract mit lehnherrlicher Einwilligung in einen Kauf-Contract verwandelt worden: so enthält dennoch diese Clausel nichts, was nicht auch mit diesem Erbkaufe bestehen könnte; und sie ist so wohl den lehnherrlichen Rechten, weil sie den Lehns-Eröffnungsfall betrifft, als auch der Art und Eigenschaft eines solchen Erbverkaufs, durch welchen bloß das in dem dominio utili liegende Benutzungsrecht an den gedachten Lehnsstücken von den Vasallen auf ewig übertragen worden, angemessen.

Ferner läßt sich 3) auf Seiten der Kirchgeschwornen zu S., als Käufer, ein Mangel ihrer Einwilligung in diese Clausel nicht behaupten. Der dabey gemachte Zweifel ist aus einem nur möglichen Mangel ihrer Einsicht in die Folgen der eingeschränkten lehnherrlichen Einwilligung hergeleitet. Mit eben so viel Grund kann aber gleichfalls die Vermuthung gemacht werden, daß die Kirchgeschwornen bey einem Rechtsgeschäfte, das sie in ihrem Dienste unternommen, Rechtsverständige zu Rath gezogen, weil ihnen dieses obgelegen.

L. 9. §. 3. D. de iuris et facti ignor.

wenigstens ergibt der Kaufbrief vom Jahr 1500, daß sie das Hauptgeschäft unter dem Beytritt

des Berend P., Karckherrn tho S.

geschlossen.

§. 12.

§. 12.

Aus allen vorangeführten Gründen erhellet so viel, daß zwar die Lehnspertinen- 13 zen, die beyden Zehenten und der Hof zu H. von den von A. durch den Erbverkauf vom Jahr 1500 in Ansehung des vollen Benutzungsrechts und mittelst der dazu ertheilten lehnherrlichen Einwilligung auf die Kirche zu S. ewig und unwiderruflich gebracht, jedoch auch dabey die auf den Eröffnungsfall der A—schen Lehne vorbehaltene Wiedereinlösung mit allem Rechtsbestande geschehen sey: und daher bin ich der rechtlichen Meinung

> daß nach erfolgten Ausgang des Geschlechts der von A. auf Seiten des höchsten Lehnsherrn die lehnherrliche Befugniß zur Wiedereinlösung der bemerkten Lehnspertinenzen erwachsen und in so weit deren Wiedereinlösung statthaft und gegründet sey.

§. 13.

So viel die zweyte Frage betrifft, so scheinen für die Befugniß der von B. zu 14 der gesuchten Wiedereinlösung gedachter Lehnspertinenzen folgende Gründe einzutreten. Durch die generelle Expectanz, welche weiland von B. auf ein losgefallenes Lehngut und dessen Zubehörungen erhalten,

> wie solches die vorigen Vasallen inne gehabt und besessen haben, oder besitzen und geniessen können,

nicht minder durch die darauf erfolgte Belehnung mit dem losgefallenen Lehngute der von A. haben die von B. ein wirkliches Lehnrecht auf alle Zubehörungen des von A—schen Lehngutes und daher auch auf die dazu gehörigen Lehnsstücke, die beyden Zehnten und den Hof zu H. erworben. Dieses ist um so mehr gegründet, als

1) diese Pertinenzen, des darüber mit der Kirche zu S. geschlossenen Erbverkaufs ungeachtet, wirkliche Lehns-Zubehörungen geblieben sind,

2) die von A. sie ciuiliter in Besitz gehabt haben, indem sie damit bis zum Ausgange ihres Geschlechts beständig belehnet worden, und die naturalis possessio, in welcher diese Lehnstücke bey der Kirche zu S. gestanden, der fortgesetzten possessioni ciuili der Vasallen nicht geschadet, weil diese durch die Lehns-Empfängniß ausgeübt und erhalten worden, und man auch durch einen andern seinen Besitz exerciren und erhalten kann;

> L. 18. pr. D. de acquir. vel omitt. possess.

überdem auch 3) diese Pertinenzen dem neuen Lehnbriefe vermöge der Resolution der hohen Lehncammer wieder inserirt worden und diesem zu Folge können die von B., in Ansehung dieser Lehnstücke, für wirklich Belehnte angesehen werden.

§. 14.

Auf diesem an gedachten Lehns-Zubehörungen erlangten Rechte scheint II) zu- 15 gleich die Befugniß der neubelehnten Vasallen zu deren Wiedereinlösung zu beruhen.

Auch

Auch wird hiezu von den von B. noch ein besonderer Grund aus der Natur des im Jahr 1500 über diese Lehnspertinenzen eingegangenen Geschäfts hergenommen, indem selbige vermeinen daß wenn solches nicht für einen Pfand-Contract zu achten sey, dennoch als eine emtio venditio vsusfructus feudi sub pacto de retrouendendo, ita vt vsusfructus, feudo aperto, statim inemtus sit anzusehen sey: immaßen ein solches pactum resolutiuum verbis directis conceptum sonst bey dem pacto de retrouendendo nicht ungewöhnlich gewesen, und solches aus der Clausel unter welcher der lehnherrliche Consens ertheilt ist sich herleiten lasse. Nach erfolgtem Ausgange der Familie der von A. wären daher die qu. Pertinenzen sogleich mit und nebst dem Hauptgute zu freyer Disposition des Lehnherrn erledigt und losgefallen, und dadurch das dominium directum et vtile vno actu in der Person des Lehnherrn vereiniget worden, und den von B. sey vermöge der auf die nächst erledigten und heimgefallenen Lehngüter erlangten Expectanz, schon vor der Belehnung ein solches Recht auf die qu. Lehnspertinenzen erworben, daß sie daraus einen Anspruch an die hohe Lehncammer dahin erlangt, daß ihnen der reelle Besitz und Genuß der qu. Lehns-Parcelen verschaffet, oder das Interesse prästiret werden müsse, es bedürfe daher auch zur Ausübung des Reluitions-Rechtes an den qu. Lehnspertinenzen keiner besondern Uebertragung desselben, weil sie mit den qu. Lehnsstücken bereits belehnet, und zu dessen Beweise ihnen ein Lehnbrief in alter Form ertheilet worden sey.

§. 15.

16 Aus eben der angeführten Beschaffenheit des im Jahr 1500 über die qu. Lehnspertinenzen eingegangenen Contracts wird von den von B. ferner III) bemerkt, daß der Kirche zu S. ein weiteres Recht nicht zustehe, als daß sie gedachte Lehnsstücke ehr nicht wieder abzutreten nöthig habe, bis ihr die hergeschossenen 300 Rheinischen Gulden wieder entrichtet worden, und daß selbige daher ein bloßes Retentions-Recht zur Sicherheit der 300 Fl. erlangt habe. Wenigstens habe die Kirche seit dem Ausgange der Familie von A. an den qu. Lehns-Parcelen nur ein Retentions-Recht behalten und daraus suchen denn die von B. noch besonders die Forderung zu begründen, daß die Kirche zu S. von den seit dem Ausgange der Familie von A. erhobenen Nutzungen dieser Lehns-Parcelen Rechnung abzulegen schuldig sey.

§. 16.

17 Endlich dürfte IV) nicht ausser Acht zu lassen seyn, daß die hohe Lehncammer den von B. mittelst der Resolution vom 14ten Jan. 1778 überlassen hat, die qu. Lehnsstücke auf ihre Kosten wiederum einzulösen und sich mit der Kirche zu S. desfalls gehörig abzufinden und es möchte auch dieses zur Beschaffung der legitimationis ad causam bey der gesuchten Einlösung mit Grund angeführet werden können.

§. 17.

18 Allein alle jetzt angeführte Gründe, sie mögen aus der Expectanz oder aus der Belehnung hergeleitet werden, sind nicht von der Beschaffenheit, daß die von B. daraus

daraus ein eigenes Recht zur Wiedereinlösung der beyden Zehnten und des Hofes zu H. begründen, und dadurch sich ad causam legitimiren können. Gedachtes Wiedereinlösungs-Recht ist 1) kein mit dem dominio vtili verknüpftes, sondern ein bloß lehnherrliches Recht. Die Vasallen von A. haben 1) diese beyden Zehnten nebst dem Hofe zu H. der Kirche zu S. durch den im Jahr 1500 mit lehnherrlicher Einwilligung geschlossenen Erbverkauf in Ansehung des daran gehabten Benutzungs-Rechts auf ewig übertragen, und ein mehreres daran nicht, als die lehnbare Proprietät, demto iure vtendi et fruendi, behalten. Diese Art der Veräusserung des in dem dominio vtili begriffenen Benutzungs-Rechts ist derjenigen völlig gleich, worin ein Vasall eine Lehnspertinenz mit lehnherrlicher Bewilligung entweder in emphyteusin perpetuam oder zu Afterlehn verleihet, und daran nichts als das lehnbare Recht behält, kraft dessen er diese Lehnspertinenzen noch fernerhin im Lehns-nexu hat und träget, hergegen diese unwiederrufliche und ewige Verleihungen nie selbst anzufechten oder wieder einzulösen vermag.

Dahergegen ist 2) der einzige Grund der Wiedereinlösung bey diesen von den Vasallen unwiederruflich verkauften Lehnstücken in der Einschränkung enthalten, unter welcher die lehnherrliche Einwilligung in der Consens-Urkunde vom Jahr 1500 ertheilt worden. Unstreitig ist die lehnherrliche Einwilligung eine bloß die Gerechtsame des Lehnherrn betreffende Handlung, und das dabey vorbehaltene Wiedereinlösungs-Recht ist nicht minder ein bloßes lehnherrliches Recht, auch ist solches nur auf den Fall, daß das A—ische Lehngut dem Lehnherrn eröffnet werden würde, zur Aufrechthaltung der lehnherrlichen Rechte vorbehalten und dabey bestimmt worden, wie es ausgeübt werden sollte falls der Lehnherr es entweder andern vergönnen oder für sich selbst behalten wollte. 19

§. 18.

Durch den Ausgang der Familie der von A. hat II) dem höchsten Lehnherrn weiter kein Recht an den qu. Lehns-Parcelen eröffnet werden können, als was die von A. noch daran gehabt, und welches einzig und allein in dem dominio vtili nudo bestanden, so sie lehnbarerweise getragen haben. Hergegen ist das Benutzungs-Recht an diesen Lehns-Parcelen, das die von A. auf die Kirche zu S. mit lehnherrlichem Consens übertragen, einer Eröffnung und eines Heimfalles nicht mehr fähig gewesen. Die Lehns-Eröffnung gehet ihrer Natur und Eigenschaft nach nur auf iura vasalli per eius mortem extincta, sie gehet aber niemahls auf iura vasalli cum consensu domini in alium translata weil dieses mit der Natur einer rechtsbeständigen Lehns-Veräusserung streiten würde 20

II. F. 44. §. 1.

Aus diesem Grunde wird ein mit lehnherrlichem Consens auf Erbenzins oder zum Afterlehn verliehenes Lehnstück durch den Ausgang des Geschlechts des Vasallen nie eröfnet, wenn gleich der Vasall diese Lehns-Parcelen auch noch in nexu feudali behalten hat.

§. 19.

21 Jedoch ist III) die Lehns-Eröffnung zugleich als der in der Consens-Urkunde bestimmte Fall anzusehen, auf welchen der Lehnherr die Wiedereinlösung der von den von A. verkauften Lehnstücke sich und seinen Nachkommen ausbedungen hat. Dieses aus der Consens-Urkunde hervorgehende Wiedereinlösungs-Recht kann aber für ein heimgefallenes oder erledigtes Recht in keinem Betracht angesehen werden. Da die von A. solches nie gehabt, sondern da sie die qu. Lehns-Parcelen mit lehnherrlichen Consens ewig verkauft haben, so gehöret der vermeinte Heimfall oder die Eröffnung dieses Wiedereinlösungs-Rechts unter das unmögliche. Dem höchsten Lehnherrn hat das Wiedereinlösungs-Recht an diesen Lehnsparcelen 278 Jahre vor dem Ausgang der Familie von A. zugestanden: und mit dem Ausgange dieser Familie ist nur erst der Fall auf welchen die Ausübung dieses lehnherrlichen Rechts gesetzt worden, eingetreten.

§. 20.

22 So weit nun auch IV) die Rechte der General-Expectanz der von B. auf das erst angefallene Lehngut, und die darauf erfolgte Belehnung mit dem von A—schen Lehngute, mit Bestand Rechtes irgend sich erstrecken mögen:

> so gehen sie doch nur auf die Zubehörungen, Rechte und Gerechtigkeiten, Nutz und Intraden wie solches die vorigen Vasallen gehabt und besessen haben oder besitzen und geniessen können.

Sie gehen daher in Ansehung der in Frage stehenden Stücke 1) nur auf das nudum dominium vtile, wie solches die von A. an denselben gehabt, und lehnbarer weise getragen haben. Deshalb ist auch mittelst der Resolution der hohen Lehncammer vom 14ten Jan. 1778 verfügt worden, daß die erwähnten Lehns-Parcelen, so wie vor Zeiten geschehen, dem neuen Lehnbriefe inseriret werden sollten.

Sie betreffen aber 2) nicht das Benutzungs-Recht an den erwähnten Lehns-Parcelen. Denn da dies von den von A. zweyhundert und mehrere Jahre vorher mit lehnherrlicher Einwilligung der Kirche zu S. auf ewig verkauft worden ist; so hat es durch den Ausgang der Familie von A. nicht eröffnet werden können. Daher kann von den von B. weder aus der Expectanz noch aus der darauf erfolgten Belehnung, weil solches für ein eröffnetes und heimgefallenes Recht nicht zu halten, einiger Anspruch so wenig an die Lehncammer, als an die Kirche zu S. gemacht werden.

§. 21.

23 Von beyden jetzt bemerkten Rechten, welche theils die von A. an diesen Lehns-Parcelen behalten, theils auf die Kirche zu S. übertragen haben ist V) das auf der Consens-Urkunde vom Jahr 1500 beruhende Wiedereinlösungs Recht an den gedachten Lehns-Parcelen wesentlich verschieden. Dieses gehört kraft des ewigen Erbverkaufs nicht unter die Rechte der vorigen Vasallen, folglich auch nicht unter die mit deren Ausgang eröffneten und heimgefallenen Rechte an dem Lehn und dessen Zubehörungen.

Es

Es ist ein bloß lehnherrliches Recht, welches der Lehnherr sich bey Ertheilung des mehrgedachten Consenses in die Veräusserung besonders ausbedungen, und in Ansehung dessen mit dem Ausgang der Familie von A. nur der Fall erwachsen ist, in welchem es dem Lehnherrn vorbehalten ist, und es steht dem hohen Lehnherrn die alleinige, uneingeschränkte und vollkommen freye Verfügung dergestalt darüber zu, so daß es lediglich von ihm abhängt ob derselbe solches in Ausübung bringen zu lassen, für gemäß erachten wird. Auf lehnherrliche Rechte an dem Lehn aber kann weder aus einer Expectanz noch aus einer Belehnung ein Anspruch begründet werden: dieser betrifft lediglich und allein die durch das Absterben der Vasallen erledigten und heimgefallenen Rechte.

§. 22.

Aus diesem allem erledigen sich zugleich die vorangeführten Zweifels-Gründe. 24

Ad I) ist es an und für sich gegründet, daß die von A. die erwähnten und der Kirche zu S. ewig verkauften Lehns-Parcelen in Ansehung des lehnbaren Eigenthums zu Lehn getragen haben, und in so weit in deren possessione ciuili geblieben sind, so wie ein Vasall die mit lehnherrlichem Consens zu Afterlehn verliehenen oder in emphyteusin gegebenen Lehnspertinenzen, ungeachtet sie in seinem wirklichen Genuß nicht sind, dennoch Lehnsweise besitzt, und fernerhin zu Lehn trägt und empfängt. So weit dieses Recht und Besitz der von A. gegangen, und dem Lehnherrn mit deren Abgang eröffnet worden, so weit gehet das Recht der Expectivirten und neubelehnten Vasallen, und dieses kann daher bloß darin bestehen, daß sie beyde Zehnten nebst dem Hofe zu H. auf gleiche Weise, wie die vorigen Vasallen, fernerhin zu Lehn empfangen, und daß diese Stücke deshalb dem Lehnbriefe mit inserirt werden.

§. 23.

Hierauf kann aber ad II) die gesuchte Einlösung gedachter Lehns-Parcelen nicht 25 begründet werden, weil die vorigen Vasallen das daran gehabte Benutzungs-Recht, von dessen Wiedereinlösung die Frage erwächst, der Kirche zu S. auf rechtsbeständige Weise ewig veräussert haben. Auch kann die von den von B. angebrachte Darstellung des im Jahr 1500 eingegangenen Rechtsgeschäffts für gegründet und für der Sache angemessen nicht gehalten werden.

Für einen Pfand-Contract kann man 1) diesen Erbkauf mit Bestand nicht ansehen. Bey einem ewigen Erbkaufe, wie dieser ist, treten dazu nicht einmahl die Vermuthungen ein, welche man sonst wohl aus einem Wiederkaufs-Contract anzubringen pflegt. Der über eben diese Lehns-Parcelen im Jahr 1492 gleichfalls mit lehnherrlichem Consens eingegangene Pfand-Contract ist unter Vermehrung des Kaufschillings wiederum mit lehnherrlicher Einwilligung in einen Erbkauf verwandelt worden. Der Unterschied beyder Contracte und deren erfolgte Veränderung beruhet also auf lehnherrlicher Anerkennung und Bewilligung.

 Noch

Noch weniger kann 2) dieser Erbverkauf pro emtione venditione sub pacto de retrouendendo gehalten werden. Dieses streitet mit der Natur dieses ewigen Erbverkaufs, wie solcher unter den von A. und der Kirche zu S. ohne Vorbehalt geschlossen worden.

3) Die in der lehnherrlichen Consens-Urkunde auf den Eröffnungs-Fall vorbehaltene Einlösung der verkauften Lehnsparcelen betrifft nicht die Rechte der Verkäufer und Käufer unter einander, sondern die lehnherrlichen Gerechtsame. Diese Urkunde enthält aber bloß consensum domini cum reseruata facultate reluendi, und dies ist von einem pacto de retrouendendo, welches unter den Contrahenten geschlossen wird, wesentlich verschieden: dieses lehnherrlichen Vorbehalts ungeachtet ist daher der Erbverkauf unter den Contrahenten ein von dem Lehnherrn bestätigter ewiger Erbverkauf geblieben.

Wie aber 4) ein pactum resolutiuum, verbis directis conceptum, aus der Clausel der Consens Urkunde auch nur mit einem Anschein herzuleiten sey, um den vsumfructum feudi bey erfolgter Lehns-Eröffnung pro inempto zu halten, solches ist nicht abzusehen.

Ueberall ist hier kein eigentliches pactum de retrouendendo vorhanden, bey welchem dieses in Anwendung zu bringen wäre: noch weniger ist in gedachter Clausel ein Ausdruck befindlich, durch welchem der Lehnherr den bewilligten Erbverkauf auf den Lehns-Eröffnungs-Fall ipso iure für ungeschlossen erkläret hätte. Nur allein die Verfügung über die in solchem Fall zu treffende Einlösung ist darin dem Lehnherrn vorbehalten: und diese ist eine res merae facultatis. Daher beruhet es zuvörderst auf der Erklärung desselben ob der Einlösung statt zu geben und solche einem andern zu verleihen sey.

5) Durch den Ausgang des Geschlechts der von A. ist nur das dominium vtile, so weit es die von A. an den qu. Lehns-Parcelen quoad proprietatem behalten, mit dem dominio directo vereiniget worden. Das Benutzungsrecht daran hat nicht eröffnet und erlediget werden können, weil es von ihnen mit lehnherrlicher Einwilligung zweyhundert und mehrere Jahre vor der Lehns-Eröffnung auf ewig veräussert worden ist. So wenig aber aus einer Expectanz oder Belehnung ein Anspruch auf die lehnherrlichen Gerechtsame an einem Lehn formiret werden kann: so wenig vermag von Seiten der von B. ein Anspruch an die Lehn-Cammer auf die zu leistende Verleihung der dem höchsten Lehnherrn vorbehaltenen Einlösung der qu. Lehns-Parcelen oder auf praestationem eius quod interest begründet werden.

§. 24.

26 Auch ad III. kann mit Bestand nicht behauptet werden, daß der Kirche zu S. aus dem Erbkauf gedachter Lehnsparcelen nur ein ius retentionis zur Sicherheit der 300 Rhein. Gulden zugestanden, oder sie doch wenigstens nach dem Ausgange der Familie von A. nur ein Retentions-Recht daran behalten habe. Denn gedachte Kirche hat 1) durch den mit lehnherrlicher Einwilligung geschlossenen ewigen Erbkauf, als durch einen rechtsbeständigen Titel, das volle Benutzungs-Recht an gedachten Lehnsparcelen erwor-

erworben. Ein ius retentionis leidet hiebey keine Anwendung; weil dieses seiner Art und Eigenschaft nach, erst nach geendigtem titulo exercirt wird, so fern alsdann der bisherige Besitzer die unter sich gehabte Sachen sicherer Ansprüche halber noch ferner im Besitz zu behalten vermag.

2) Auch nach dem Ausgange der Familie von A. ist der Titel und das Recht der Kirche zu S. an dem Besitz und Genuß der qu. Lehns-Parcelen weder geendigt noch erloschen. Nur der Fall der vorbehaltenen Einlösung und der vom Lehnherrn darüber zu treffenden Verfügung ist dadurch erwachsen.

Diese lehnherrlichen Gerechtsame zur Einlösung beruhen aber allein auf dem in der Consens-Urkunde befindlichen Vorbehalt: welches auch daraus noch deutlicher erhellet, weil ohne diesen Vorbehalt die mit lehnherrlicher Bewilligung ewig verkauften Lehnsparcelen keiner Einlösung unterworfen gewesen seyn würden. Die bedungene Einlösung erfordert daher die lehnherrliche Erklärung zu deren Ausübung oder anderweitiger Verleihung: und ohne diese vorauszusetzen, besteht der unter der ertheilten lehnherrlichen Einwilligung im Jahr 1500 eingegangene ewige Erbverkauf vollkommen. Da nun der hohe Lehnherr seine Erklärung über das demselben allein zustehende Einlösungsrecht noch nicht entschieden zu erkennen gegeben hat; so ist auch der Titel und das Recht der Kirche zu S. an dem Benutzungsrecht der gedachten Lehnsparcelen noch nicht für geendiget zu halten.

Daraus ergibt sich aber 3) von selbst, daß es an Rechtsgründen fehle, die Kirche zu S. nach erfolgtem Abgang der Familie von A. zur Berechnung der von den qu. Lehnsparcelen gehobenen Früchte für schuldig zu erkennen.

§. 25.

Ad IV) ist durch die Resolution der Lehn-Cammer vom 14ten Jan. 1778 dasjenige, worauf das Recht aus der Expectanz und aus der Belehnung gehen können, dadurch völlig erfüllt worden, daß die qu. Lehns-Parcelen, so wie es vor Zeiten geschehen, dem neuen Lehnbriefe inserirt sind. Indem man dabey den neubelehnten Vasallen Abseiten der Lehn-Cammer es überlassen, sothane Lehns-Parcelen auf eigene Kosten wiederum einzulösen und sich mit der Kirche zu S. deshalb gehörig abzufinden: so ist ihnen dadurch jedoch weiter nichts als die deshalb zu suchende gütliche Verhandlung anheim gegeben worden. 27

Diese Erklärung, mittelst welcher Abseiten der Lehn-Cammer ihnen es nur überlassen worden, ist gar zu deutlich, als daß daraus eine wirkliche Verleihung dieses zur alleinigen Verfügung des Lehnherrn vorbehaltene Wiedereinlösungs-Rechts geschlossen werden könnte; bevorab die Lehn-Cammer in der den von B. unterm 17ten Jun. 1767 eröffneten Resolution die Sache von der Beschaffenheit gehalten, um des höchsten Lehnherrn eigene Willens-Meinung darüber einzuholen, dieses aber noch nicht geschehen ist.

 In

In Erwägung aller vorangeführten Gründe halte ich daher den Rechten nach dafür:

28 daß die mit dem A—schen Lehngute neubelehnten Vasallen von B. vermöge der erhaltenen Expectanz und darauf erfolgten Belehnung, mithin aus eigenem Recht, zu der gesuchten Einlösung der an die Kirche zu S. mit lehnherrlicher Einwilligung verkauften Lehns-Parcelen für berechtiget nicht, noch auch daher, ohne von dem höchsten Lehnherrn selbst zu solcher Einlösung die wirkliche Verleihung erhalten zu haben, dazu im Wege Rechtes ad causam für legitimiret zu achten. 1778.

Num. 155.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

Quatenus heredibus fundatoris ius competat normam in conferendo stipendio constituendi.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Species facti. n. 1.

Quaestiones propositae. n. 2.

Rationes dubitandi.

Heredes qui voluntatem defuncti nulliter declaratam seruant, eam mutare et conditionibus restringere possunt. n. 3.

Familia proprie descendentes denotat. n. 4.

Heres voluntatem defuncti in subsidium per aequipollens implere potest. n. 5.

Ad familiam in sensu latiori etiam affines pertinent. n. 6.

Rationes decidendi.

Stipendium tamquam legatum ad pias caussas absque omni solennitate conditur. n. 7.

Familia complectitur omnes qui ab eodem stipite descendunt. n. 8.

Ad familiam non numerandi cognati siue per feminas iuncti nec affines. n. 9. 14.

Voluntas fundatoris legitime declarata legis instar habenda et specifice implenda est. n. 10.

In admissione ad stipendium idem ordo seruandus ac in admissione ad fideicommissum. n. 11.

Quae a fundatore determinata non sunt, communi eorum consensu quibus ius in stipendio competit determinanda sunt. n. 12.

Quodsi nemo adest, qui stipendium percipere possit, reditus colligendi sunt n. 13.

Collatores neminem proprio facto ad stipendium admittere possunt. n. 15.

Stipendium tamquam annuum legatum considerandum est. n. 16.

Quaestionum decisio. n. 17.

Rechtsgutachten.

Als uns eine Geschichts-Erzählung nebst einigen Fragen zugesandt, und wir darüber unsere in den Rechten gegründete Meinung zu ertheilen gebeten worden,

demnach erachten wir nach fleissiger deren Verlesung und collegialisch gepflogener Erwägung, für Recht:

1 Hat J. L. D. Stadtmeister der Reichsstadt S., welcher in der dritten Ehe gelebt, und nur aus der zweyten Ehe eine Tochter Sophie Catharine Susanne, und aus dritter Ehe eine Tochter, Elisabeth Charlotte, und einen Sohn, Johann Friedrich

drich gehabt, einige Tage vor seinem Ableben bloß mündlich und ohne Beobachtung einiger Solennitäten, in Gegenwart seiner Ehegattin und seines einzigen Bruders über sein zurückgelassenes Vermögen disponiret, und einige legata ad pias causas verordnet, auch 1000 Fl. zu einem stipendio für Studierende von der D—schen Familie ausgesetzt, wovon der Familie das Collations-Recht verbleiben sollte;

Nach dessen erfolgtem Absterben ist diese Disposition von der Wittwe und den Vormündern der drey noch unmündigen Kinder in Erfüllung gebracht, und unter andern ein Capital von 1000 Fl. zum Stipendio ausgesetzt und der Frau Stadtmeisterin D. zur Besorgung übergeben worden;

Weil nun kein Stiftungsbrief, wornach man sich bey Vergebung des Stipendii zu richten gehabt, vorhanden gewesen, auch der Sohn des Stifters, als ein Kind von zwey Jahren, solches, Alters halber nicht geniessen können und des Erblassers Bruders-Sohn bald mit Tode abgegangen, so ist dieses Stipendium theils an entfernte Verwandte väterlicher Seite, theils an Verwandte mütterlicher Seite, theils auch sogar an die Verwandten der beyden letzteren Ehefrauen des Erblassers aus Gefälligkeit und mit Absichten vergeben worden;

Nachdem beyde Töchter majorenn worden, haben diese sich der willkührlichen Austheilung des Stipendiums widersetzt, und da solche nach dem Absterben ihrer Mutter ihnen allein überlassen geblieben, haben sie solche bloß auf die Descendenz des Stifters und seines Bruders eingeschränkt, und nur noch einigen entfernten Verwandten ihres Vaters aus Gefälligkeit dasselbe zukommen lassen;

Jetzt wünschen beyde Töchter, bey ihrem herannahenden Alter, einen Stiftungsbrief errichten zu lassen, und solchen bloß auf die Abkömmlinge des Stifters und seines Bruders also einzuschränken, daß wenn keiner derselben das Stipendium geniessen könnte, die fallenden Zinsen zum Capital geschlagen, oder auf andere der muthmaßlichen Absicht des Stifters gemäße Art verwandt werden sollten, und entstehen daher folgende Fragen:

2 1) Ob sie den Stiftungs-Brief noch so einrichten können, daß nur die Descendenten des Stifters und seines Bruders des stipendii fähig seyen, und wenn hievon niemand vorhanden, mithin das Stipendium vacant wäre, die Zinsen zur Vergrösserung des Capitals oder zu einer andern ähnlichen Stiftung für die Familie verwandt werden können?

2) Ob sich die entfernten dadurch ausgeschlossenen Verwandten des Stifters, insbesondere diejenigen, deren Eltern bereits unter angeführten Umständen den Genuß des stipendii erlangt haben, darüber beschweren dürfen?

3 Ob nun wohl I) die Bestimmung dessen, wie und in welchem Maasse gedachtes Stipendium nach der Absicht des Stifters zu vergeben sey, von dem billigmäßigen Ermessen der Töchter desselben und von einem deshalb von ihnen zu errichtenden Stiftungsbriefe aus folgenden Gründen abzuhängen scheint;

weil

weil 1) die Stiftung selbst ohne alle Feyerlichkeit und ohne Beobachtung einer rechtlichen Form, und bloß durch eine von dem Stifter in Gegenwart seiner Wittwe und Bruders geschehene mündliche Erklärung errichtet worden, und daraus die Folge gezogen werden dürfte, daß die Befolgung dieser Stiftung als eine freywillige Befolgung der Gesinnung des Stifters anzusehen, und deshalb deren Einrichtung und genauere Bestimmung dem besten Ermessen der nachgelassenen Erben ausgesetzt verblieben;

Hiernächst 2) der Stifter solches Stipendium zum Vortheile seiner Familie errichtet, unter solcher Benennung aber im eigentlichsten und genauesten Verstande die abstammenden Descendenten angedeutet werden, 4

L. 195. §. 2. D. de verb. significat.

und daher die Einschränkung des stipendii auf dessen Descendenten und allenfalls auf des bey der Stiftung gegenwärtig gewesenen Bruders Nachkommen, der Absicht des Stifters für allein angemessen gehalten werden möchte;

Solchenfalls aber 3) wenn unter diesen keine des stipendii fähige Personen vorhanden seyn sollten, den Erben des Stifters die Befugniß, die fallenden jährigen Einkünfte desselben entweder zur Verbesserung und Vermehrung des stipendii zurückzulegen oder zu anderen zum Nutzen der Familie gereichenden Zwecken zu verwenden um so mehr zuzueignen seyn möchte, als sonst in den Rechten verstattet ist, eine letzte Willensverordnung in dem Falle, wenn solche zu den ausgesetzten Absichten nicht angeleget werden kann, zu einem gleichmäßigen Zwecke nach der wahrscheinlichen Meinung des Testirers zu verwenden, 5

L. 16. in f. de vsu vsufructu et red. leg.

Dahergegen II) bey jeder Bestimmung des zu vergebenden stipendii dieses Bedenken entsteht, 6

daß da 1) unter dem Ausdrucke der Familie im weitläuftigsten Verstande alle Anverwandte und zwar omnes propinqui et his deficientibus etiam gener et nurus verstanden werden,

L. 5. C. de verbor. et rerum signif.

solches Familien-Stipendium auch den Verwandten des Stifters von mütterlicher Seite, und nicht minder den Verwandten von Seiten dessen beyder Ehegattinnen gebühren dürfte; bevorab

2) diese nach Absterben des Stifters die ersten in der Hebung des Stipendiums gewesen, und aus der ihnen geschehenen Auszahlung des Stipendiums der Schluß gemacht werden könnte, daß wenn auch die Stiftung in Ansehung ihrer keine deutliche Verordnung enthälte, sie dennoch durch die erhaltene Verleihung in den Genuß und Besitz des Rechts, einen gleichmäßigen Antheil an solchem stipendio zu haben gesetzt worden, und durch diese Observanz eine auf stillschweigender Einwilligung der Erben beruhende Auslegung der Stiftung erfolget sey;



7 Dennoch aber und dieweil 1) bey der zu errichtenden Bestimmung dieser Stiftung die Verordnung des Testirers genau zum Grunde zu legen;

immaßen 1) selbige in Ansehung ihrer Form auf vollem Rechtsbestande beruhet, da eines Theils das von dem Stifter in Gegenwart seiner Wittwe und seines Bruders mündlich verordnete Stipendium als ein Vermächtniß zu milden Sachen anzusehen, dergleichen legatum ad pias causas mündlich vor zwey Zeugen auf gültige Weise errichtet werden kann;

C. 11. X. de testament.

andern Theils solche Verordnung von den Erben des Stifters bereits anerkannt und in Erfüllung gesetzet worden, und deshalb keinem weitern Zweifel ausgesetzt ist,

L. 2. C. de fideicommissis.

8 Hiernächst 2) der Inhalt solcher Verordnung ein für die D – sche Familie errichtetes Stipendium betrifft, unter solcher Benennung aber sowohl diejenigen, qui ab eiusdem vltimi genitoris sanguine proficiscuntur,

L. 195. §. 4. D. de verb. signif.

als auch in Ansehung des Beysatzes der D—schen Familie alle Verwandte, die von den Vorfahren väterlicher Seits abstammen, nach der gemeinen Bedeutung des Worts Familie

L. 195. §. 2. eod.

um so mehr begriffen werden, als eines Theils der Ausdruck der Familie aus dem Beyworte der D—schen, tamquam ex speciali adiectione, worauf bey einer letzten Willensverordnung den Rechten nach Rücksicht zu nehmen ist,

L. 5. pr. C. de verbor. et rer. signif.

seine Bestimmung erlanget, andern Theils des Stifters Bruders-Kinder, welchen das Recht zu diesem fideicommisso nach dem angeführten facto nicht in Zweifel gezogen wird, aus keinem andern Grunde, als weil sie zur D—schen Familie gehören, dazu berufen sind;

9 Hergegen 3) unter dem Namen der D—schen Familie so wenig des Stifters Verwandte mütterlicher Seits als noch weniger des Stifters von beyden Ehegattinnen angeschwiegerte Verwandte begriffen werden können, ad familiam enim non pertinent cognati, hoc est per feminas iuncti multoque minus affines;

L. 8. C. de religios. et sumt. funer.

10 Solchem zu Folge 4) die Erben des Testators bey der vorzunehmenden Bestimmung derer, die zu dem stipendio berufen sind, von dem wörtlichen Inhalte der Stiftung, welcher auf die D—sche Familie gerichtet ist, abzuweichen für berechtiget nicht zu halten, suprema enim testatoris et fundatoris voluntas, legitime declarata, legis instar seruanda et in forma specifica adimplenda est,

L. 4.

L. 4. C. de necess. hered. instit.
Nov. 1. c. 2. in f.
Nov. 22. c. 2. pr.
Consil. Tubing. tom. 6. cons. 99. n. 129.

folglich sie solche Stiftung bloß auf die Descendenten des Stifters und dessen Bruders Descendenten einzuschränken nicht vermögen, sondern auch dazu von den Ascendenten des Stifters väterlicher Seits abstammende mithin zur D—schen Familie gehörige Nachkommen, und zwar diese ohne Unterschied, ob sie von männlichen oder weiblichen Descendenten abstammen, zuzulassen um so mehr gehalten sind, als der Testator bey der D—schen Familie diesen Unterschied eben so wenig unter seinen Descendenten gemacht, und auch dessen Töchter-Kinder eben sowohl als dessen Bruders Töchter-Kinder zu dem Stipendium für berufen angesehen;

Und so viel 5) die Ordnung betrifft, in welcher mehrere aus einer Familie zum Stipendium berechtigte Personen zu dessen Genusse berufen sind, solche auf rechtliche Art anders nicht, als wie selbige bey einem fideicommisso familiae festgesetzt ist, bestimmt werden mag, zu welchem zwar alle von der Familie berufen und berechtigt sind, jedoch diese unter einander nach einer bestimmten und auf der Nähigkeit der Grade beruhenden Successions-Ordnung zu dessen Genusse gelangen, 11

L. 32. §. vlt. L. 69. §. penult. D. de legat. lib. 2.
L. vlt. C. de verb. et rer. signif.
Knipschild de fideic. famil. cap. 9. §. 1.

Solchemnach unter mehreren, zum stipendio fähigen Personen die Descendenten des Stifters vorgehen, und wenn unter diesen keine des stipendii Fähige vorhanden sind, des Stifters Bruders Söhne, und in Ermangelung derer die von den Verwandten väterlicher Seits abstammenden Descendenten zum Genusse des stipendii gelangen können;

Im übrigen 6) bey der Bestimmung dieses stipendii auch die Zeit, auf welche ein zum stipendio fähiges Mitglied der Familie die jährigen Einkünfte desselben zu geniessen haben soll, einen merklichen Umstand um deswillen ausmacht, weil solche Zeit von dem Stifter nicht bestimmt ist, mithin wenn solche mit einigem Bestande festgesetzt werden soll, dazu die Einwilligung derer, die zur D—schen Familie gehören, erforderlich ist; 12

Endlich 7) wenn in der D—schen Familie niemand, der des stipendii fähig ist, vorhanden seyn sollte, sodann der Fall eintritt, in welchem dieses bloß zur Beförderung der Studien gestiftete Stipendium behuf dessen Verbesserung und Vermehrung eingezogen, und die fallenden jährigen Einkünfte zum Capitale geschlagen, jedoch solche zu einem andern Zwecke in der Familie, weil solches der Stiftung entgegen, und die ganze D—sche Familie dabey interessirt ist, nicht angeleget werden können; 13

Struben Rechtl. Bed. tom. 5. resp. 52.

hierwider auch aus

L. 16. Dig. de vsu vsufr. et red. leg.

kein Schluß genommen werden mag, immaßen daselbst von einer Veränderung des Zwecks einer Stiftung, welcher gesetzwidrig gewesen, und nicht erfüllet werden dürfen, gehandelt wird;

14 Dahergegen II) weder des Stifters Verwandte mütterlicher Seits noch auch die von dessen beyden Ehegattinnen abstammenden, mithin bloß verschwiegerten Verwandten an solchem stipendio einen Anspruch zu machen vermögen; indem sie

1) zu der D—schen Familie gar nicht gehören, mithin an einer rechtlichen Befugniß zu solchem stipendio nach Inhalt der Stiftung es ermangelt;

15 und 2) dadurch daß die Wittwe des Stifters denen unter ihnen, die sich den Studien gewidmet, den Genuß des Stipendiums verliehen, ihnen ein Recht zu solchem stipendio nicht erwachsen können, indem eines Theils das Recht zu einem stipendio von dem Stifter und von dessen Verordnung allein und nicht von dessen collatoribus abhänget, andern Theils die ihnen geschehene Vergebung höchstens nur so viel wirket, daß sie die gehobenen Gefälle des stipendii für ihre Person erworben, hergegen daraus den benannten Cognaten und Verschwiegerten kein Recht auf das Stipendium erwachsen 16 können, wohlerwogen die jedes Jahr fallenden und zum stipendio ausgesetzten Einkünfte wie legata annua anzusehen, deren jedes in jedem Jahre als ein gefälliges Vermächtniß zu betrachten, stipendia enim testamento constituta, legata annua sunt,

Leyser ad Pand. spec. 383. med. 3.

ideoque perinde ac legata, tot sunt stipendia, quot eorum in determinatos annos fiunt concessiones,

arg. L. D. de annuis legat.

et per singula legata et per singula stipendia ius capiendi inspiciendum est,

L. 11. D. de annuis legat.

wohlfolglich dasjenige, so einigen unter ihnen aus Gefälligkeit bewilligt ist, weder eine Anerkennung einer Schuldigkeit, solches einem jeden unter den mütterlichen und anderen Seitenverwandten zu leisten, noch auch eine Observanz zu begründen vermag;

Als sind wir der rechtlichen Meinung:

17 daß 1) die Töchter, als Erben des Stifters, wenn sie einen Stiftungsbrief zu errichten gesonnen, solchen auf die Descendenten des Stifters und seines Bruders einzuschränken nicht vermögen, wohl aber nach dem Inhalte der geordneten Stiftung auf die zur D—schen Familie gehörigen Personen zu stellen berechtiget sind, jedoch dabey die gesetzliche Ordnung zum Grunde zu legen und in Ansehung der zu bestimmenden Zeit auf welche das Stipendium zu geniessen, die Einwilligung der zur D—schen Familie gehörigen Verwandten einzu-

einzuziehen gehalten sind, übrigens die Einkünfte des zu gedachtem Stipendio ausgesetzten Capitals nur in dem Falle wenn in der ganzen D—schen Familie keiner desselben fähig ist, eingezogen und zur Vermehrung des stipendii ausgesetzet, zu andern Absichten aber nicht angewandt werden können;

dahergegen 2) die durch die Stiftung selbst ausgeschlossenen Verwandten, welche dem Stifter nur von mütterlicher Seite oder von Seiten seiner beyden Ehegattinnen verwandt sind, ungeachtet einige von deren Eltern, den Umständen nach, zum freywilligen Genusse des stipendii gelangt sind, kein gegründetes Recht, über deren gänzliche Ausschliessung sich zu beschweren, für sich haben. 1781.

Num. 156.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

Parochum infantem a Iudaea natum priuatim baptizantem excessum in officio non committere.

Argumenta specialia.

Species facti. n. 1.
Quaestiones. n. 2.

Ratio dubitandi.

Parochus qui infantem a Iudaea ex stupro natum priuato arbitrio baptizat excessum in officio committit. n. 3.

Rationes decidendi.

Excessum non committit nisi qui contra leges agit. n. 4. 12.

Ius commune ecclesiasticum parochum non prohibet Iudaeum priuato ausu baptizare. n. 5. 6.

Leges particulares et obseruantia multorum locorum desiderant consensum superiorum. n. 7.

Baptizatio infantis iudaici non eandem circumspectionem desiderat, ac si iam adultus est. n. 8.

Parentibus desiderantibus baptimus infantibus denegari nequit. n. 9.

Nec parochus qui absque consensu superiorum infantem iudaicum baptizat excedit in officio n. 10.

Baptismus in aedibus parochialibus et absente custode ecclesiae celebratus pro clandestino haberi non potest, si testes adfuerunt. n. 11.

Melius est parochum qui imprudenter egit monere quam accusationibus persequi. n. 13.

Quaestionum decisio. n. 14.

Rechtsgutachten.

1 Als uns eine Geschichts-Erzählung nebst einigen angehängten Fragen zu Ertheilung unsers in den Rechten gegründeten Gutachtens zugesandt worden, demnach erachten und erkennen wir den Rechten gemäß zu seyn:

Hat der Pfarrer B. zu D., ein Mann der schon 48 Jahr daselbst als Prediger angestellt ist, vor kurzem in seinem Pfarrhause ein Kind getauft, mit welchem eine in dessen Kirchsprengel wohnende Jüdin niedergekommen, und welches das vierte uneheliche Kind ist, das sie zur Welt gebracht.

Ist gedachter Pfarrer zu dieser Taufe besonders dadurch veranlaßt worden, daß besagte Jüdin schlechterdings darauf bestanden, dieses Kind, da es von einem Christen, dem Corporal H. erzeugt worden, in der christlichen Religion erziehen zu wollen, wie

wie sie es dann deshalb bey den Juden nicht beschneiden lassen; und sich selbst zu dem Christlichen Glauben sich zu bekehren und einen ordentlichen Lebenswandel künftig zu führen angelobt; auch der als Vater angegebene H. sich bey dem Pfarrer dazu bekannt und um die Taufe des Kindes angehalten, solcher als Vater beygewohnet, und des Kindes Mutter, wenn sie den Christlichen Glauben angenommen haben würde, auf die schon dazu von seinem Chef erhaltene Erlaubniß, zu ehelichen versprochen hat;

Ist hierauf gedachtem Pfarrer unterm 24. Sept. von der hochlöblichen Landesregierung und Consistorio eine Verordnung zugefertigt worden, sich dieser Taufe halber binnen 8 Tagen zu verantworten, und hat derselbe deshalb eine Vorstellung eingereichet;

Ist indessen diese Sache als ein sträflicher in Verwaltung des Amts begangener Exceß angesehen, und gegen gedachten Pfarrer der Fiscal excitiret, und von diesem eine fiscalische Klage erhoben worden, wobey folgende Fragen entstehen:

1) Ob, und wie fern die vom Fiscale gegen den Pfarrer B. erhobene Klage den Rechten nach statt haben kann, und, was letzterm deshalb den Rechten nach für Einreden zustehen? 2

2) Ob überhaupt bey den vorkommenden Umständen es der Sache nicht weit angemessener wäre, wenn, anstatt den Fiscal zu excitiren eine hochlöbliche Regierung bloß auf Verantwortung des Pfarrers B. an denselben rescribirte, daß es zwar bey der geschehenen Taufe sein Bewenden habe, indessen derselbe bey künftig sich ereignenden Fällen, beym Consistorio zuvörderst davon Anzeige zu thun und weitere Verordnung zu gewarten habe?

Ob nun wohl der Fiscal 1) den Grund der erhobenen Klage darin gesetzt hat, daß der Pfarrer B. dadurch, daß er das von der Jüdin S. aus unehelichem Beyschlafe mit dem H. erzeugte Kind ohne Anfrage bey hochfürstlichem Consistorium und darüber abzuwartendes Decret zur Taufe gebracht, einen höchststrafbaren Exceß in Verwaltung des ihm anvertraueten Amtes begangen, 3

Bevorab 2) die Taufe bey einem aus einem sehr verbotenen, von einem Christen mit einer Jüdin verübten Beyschlafe erzeugten Kinde verrichtet sey, dessen Mutter bisher eine liederliche Lebensart geführet,

Wobey auch 3) Beklagten zur Last gelegt worden, daß er die Taufe, ohne dabey, wie gewöhnlich, des Küsters sich zu bedienen, in seinem Hause verrichtet, und solche daraus das Ansehen einer heimlich vollzogenen Taufe gewinne;

und wenn daher 4) die angebrachte Klage gegründet seyn, und die an solchem Kinde verrichtete Taufe für einen Exceß im Amte betrachtet werden könnte, die geschehene excitatio fiscalis einigen Schein für sich erlanget;

Dennoch aber und dieweil I) ein Exceß im geistlichen Amte anders nicht, als durch Uebertretung der Gesetze welche die Verwaltung des geistlichen Amtes bestimmen, be- 4

begangen werden, solcher auch nur in so fern für straffällig geachtet werden kann, wenn die Rechte selbigen überhaupt oder besonders für straffällig erklären;

Boehmer in iur. ecclesiast. tom. 5. lib. 5. tit. 31. §. 13. et 16.

5 Folglich wenn II) der Pfarrer B. dadurch, daß er dem unehelichen Kinde der Jüdin S. auf Ansuchen der Mutter die Taufe ohne erforderte Einwilligung des hochlöblichen Consistorii ertheilet, eines Excesses in seinem Amte für schuldig geachtet werden sollte, dazu zum voraus gesetzt werden müßte, daß entweder die gemeinen Kirchen-Rechte, oder besondere Landes- und Kirchen-Ordnungen einen Pfarrer zu einer dazu zu suchenden Einwilligung verpflichten;

Gleichwohl III) daß deshalb im dasigen Fürstenthum keine kirchliche Verordnung vorhanden sey, in facto angeführet ist, nach gemeinen Kirchen Rechten aber die Ertheilung der Taufe ein von der Ordination abhängender und dem Pfarramte beygelegter actus parochialis nicht aber ein actus iurisdictionis ecclesiasticae ist, und daher zur Taufe der Juden weder eine bischöfliche Einwilligung noch auch die Einwilligung des Consistorii den gemeinen Rechten nach erforderlich ist,

Iust. Henn. Boehmer in institut. iur. canonici lib. 3. tit. 42. §. 3.

wie solches in einem im Jahre 1733 erstatteten Rechtsgutachten der Hallischen Juristen-Facultät

in *Boehmeri* iure ecclesiast. tom. 3. in append. p. 1345–1351.

mit Bestande behauptet ist,

6 Allermaßen daß IV) bey erwachsenen Juden, so wie vordem bey Heiden, nach dem L. 10. C. de paganis.

die gebührende Vorbereitung und Prüfung erfordert wird, solches eine den Pfarrern in Ertheilung des Sacraments der heil. Taufe, wie sonst in andern Amtspflichten, ertheilte Vorschrift enthält, hergegen solches an und für sich, und ohne gesetzliche Bestimmung keine Verbindlichkeit zu einer dazu zu suchenden obrigkeitlichen Einwilligung begründet, immittelst daraus der verschiedene kirchliche Gebrauch in protestantischen Landen erwachsen, und in einigen besonderen Kirchen-Ordnungen als in der

Magdeburgischen Kirchen-Ordnung c. 3. §. 25.

ein Grund, die Taufe erwachsener Juden auf die Einwilligung des consistorii einzuschränken hergenommen, auch in einigen Ländern wie in Sächsischen, solches durch die Observanz bey erwachsenen Personen eingeführet ist, und davon in Ermangelung der Gesetze

Adrianus Beyer in addit. ad *Carpzovii* iurisprud. ecclesiast. lib. 2. def. 267.

nur so viel bemerket, quod baptismus Iudaeorum plerumque fiat consentiente consistorio; so wie hergegen in anderen Landen, als im Churbraunschweig-Lüneburgischen solche Einwilligung dazu nicht erforderlich ist, und nur dabey eine dem Superintendenten zu leistende Anzeige hergebracht ist;

zu

Im übrigen V) der besondere Grund, welcher bey erwachsenen Juden mehrere Vorsicht erfordert, in dem gegenwärtigen Falle gänzlich wegfällt, da von der Taufe eines mit einer Jüdin erzeugten unehelichen Kindes die Frage ist, welches durch die Beschneidung noch nicht einmal ins Judenthum aufgenommen worden, und dessen Mutter, welcher allein die Erziehung ihres unehelichen Kindes mithin auch die cura religionis zukömmt, um dessen Taufe nachgesucht, und deren Gesuch um so erheblicher gewesen, da der natürliche Vater dieses Kindes dieses unterstützt, auch sie zur Annehmung der Christlichen Religion unter Angelobung eines besseren Wandels sich erkläret, nicht weniger deren Schwängerer sie auf solchen Fall zu ehelichen sich erboten; 8

In solchem Falle aber VI) wenn Eltern um die Taufe für ihre noch nicht zur Reife des Verstandes gekommenen Kinder ansuchen, schon die Römischen gemeinen Rechte diese ihnen unverweilt und ohne alle Einschränkung zu ertheilen verfügen, 9

L. 10. §. 1. C. de paganis.
Nov. 144. c. 2. in f.

auch an der Kraft solcher Verordnungen des römischen Rechts um so weniger zu zweifeln ist, da sie weder durch die sie begünstigenden canonischen Rechte, noch auch durch die gemeinen Rechte unter Protestanten abgeändert worden;

Solchemnach VII) der Pastor B. da er das von der Jüdin S. gebohrne uneheliche Kind auf derselben Verlangen getauft, einer befugten Amtshandlung sich unterzogen, zu deren Vollziehung er nach gemeinen evangelischen Kirchen-Rechten zu der dazu nachzusuchenden obrigkeitlichen Einwilligung nicht verpflichtet gewesen, woben der Umstand, daß dieses Kind aus einem verbotenen Beyschlafe mit einem Christen erzeuget worden, bey der Taufe des Kindes überall in keinen rechtlichen Betracht kommen darf, da der in dem Sächsischen General-Artikel N. 6. in 10

Ahasueri Fritschii iure eccles. tripartito P. 3. p. 63.

enthaltene Satz:

> es soll kein Pfarrer oder Kirchendiener die jungen Kinderlein, um ihrer Eltern Sünde und Unbußfertigkeit willen mit der heiligen Taufe aufziehen oder ungetauft liegen lassen;

ein allgemeiner Lehrsatz der evangelischen Kirche ist;

Hergegen VIII) aus dem Umstande, daß die Taufe ohne die sonst gewöhnliche Gegenwart des Küsters ertheilet worden, die Folge auf eine heimliche Taufe nicht gezogen werden kann, da das Gegentheil daraus, daß die Taufe in Gegenwart von Taufzeugen geschehen und in das Kirchenbuch eingetragen worden, sich offenbaret, und wenn gleich der Pastor B. der Handlung angemessener gehandelt haben würde, wenn er das uneheliche Kind der Jüdin in der Kirche getauft hätte, dennoch ihm eines Theils das angegebene Herkommen, daß uneheliche Kinder in dem Pfarrhause zu taufen hergebracht sey, andern Theils der damals vorwaltende Umstand, daß der Küster durch 11

die Beschäftigung bey der Schule, gegenwärtig zu seyn behindert worden, zur Entschuldigung zu statten kommt;

12 Solchem allem nach IX) die erhobene Klage keinen rechtlichen Grund für sich hat, und derselben die exceptio non existentis excessus, indeque deficientis iuris agendi et non competentis actionis offenbar entgegensteht;

13 Darneben X) der Einsicht eines hohen Consistoriums nicht entgehen wird, daß auch darin ein Theil der mit der kirchlichen Gerichtbarkeit verknüpften Obliegenheit beruhe, solchen Klagen nicht statt zu geben, welche theils ungegründet sind, theils keinen andern Erfolg haben können, als daß dadurch ein sonst untadelhafter Prediger der Gefahr an der ihm gebührenden Achtung zu leiden und eine der heiligsten Handlungen der christlichen Religion der Verachtung der Juden ausgesetzt wird, und daher wenn allenfalls der Pfarrer B. die Regeln der Vorsicht und Klugheit überschritten haben sollte, es angemessener ist, ihm durch ein Rescript die Vorschrift, wie er in solchen, durch die Gesetze nicht bestimmten Fällen künftighin sich benehmen solle, zu ertheilen;

Als halten wir allen vorkommenden Umständen nach und nach den gemeinen evangelischen Kirchenrechten nach dafür:

14 daß 1) die von dem Fiscale gegen den Pfarrer B. erhobene Klage für unstatthaft und ungegründet zu halten, und ihm darwider die vorgedachten Einreden zu statten kommen;

überhaupt aber 2) das hochfürstliche Consistorium auf angebrachte Vorstellung sich bewogen sehen dürfte, eine eben so ungegründete als anstößige Klage zu sistiren, und dem Pfarrer B. mittelst Rescriptes eine Weisung wegen seines künftigen Verhaltens zu ertheilen. 1782.

Num. 157.

Num. 157.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

De iure principis instituendi translationem coemeteriorum extra vrbem.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Species facti. n. 1.

Quaestio. n. 2.

Rationes dubitandi.

Vniuersitas ecclesiastica coemeterio instructa, ad illud derelinquendum et nouum erigendum cogi nequit. n. 3.

Constitutiones principum iura priuatorum laedere non debent. n. 4.

Rationes decidendi.

Coemeteriorum erectio extra vrbem saluti publicae conuenit. n. 5.

Vi supremae politiae princeps quae communi saluti conueniunt instituere potest. n. 6.

Communi saluti enim commoditates et iura singulorum postponenda sunt. n. 7.

Damnum vero singulis illatum resarciendum est. n. 8.

Quae resarcitio communiter ab iis facienda est qui inde vtilitatem percipiunt. n. 9.

Quaestionis decisio. n. 10.

Rechtsgutachten.

Als uns eine Geschichts-Erzählung sammt einer Frage zugefertiget, und darüber unsere rechtliche Meinung begehret worden, demnach erachten und erkennen wir den Rechten gemäß zu seyn:

1 Es hat der jetzt regierende Graf zu N. dem nachgesetzten Consistorio zu N. den Auftrag gegeben, den Vorständen der drey zu N. befindlichen Gemeinden, der evangelisch-reformirten, evangelisch-lutherischen und römisch-catholischen, bekannt zu machen, wie dero Willensmeinung dahin gehe, daß nicht nur der für die reformirte Gemeinde in der Stadt selbst ganz unschicklich angelegte Todtenhof, sondern auch die für beyde andern Gemeinden ausserhalb des Orts zwar schon befindlichen, der Stadt jedoch noch allzu nahe gelegenen Todten-Aecker an einen von der Landesherrschaft hiezu ausersehenen Platz respective vor der Stadt und weiter hinaus verlegt, und deshalb mit besagten Gemeinde-Vorständen die Maaßregeln zu Herbeyschaffung der Kosten des Platzes sowohl als der Befriedigung verabredet, und, wie solches geschehen, ein Bericht

 dar-

darüber erstattet werden solle, es ist auch zugleich die landesherrliche Verfügung dahin gerichtet worden, daß das herrschaftliche Begräbniß nicht mehr in der Kirche verbleiben, sondern auf den neuen Todtenhof verlegt, und dazu ein besonderes Gewölbe auf eigene herrschaftliche Kosten gebauet werden solle.

Nachdem hierauf von gesammten Vorstehern der drey Gemeinden die abgeforderte Erklärung und Vorschläge eingegangen sind, nicht minder zugleich auf Veranlassen des reformirten Vorstehers eine gleichmäßige Erklärung von dem Stadtrathe zu N. gefordert worden ist, so entstehet die

Frage:

2 Ob die evangelisch-reformirte Gemeinde sowohl wie die übrigen beyden evangelisch-lutherischen und römisch-catholischen Gemeinden sich Eingangs erwähnter landesherrlicher Verordnung zu fügen und den Todtenhof von der Stadt weg, an den von gnädigster Herrschaft angewiesenen Platz auf ihre Kosten anzulegen schuldig seyen?

3 Ob nun wohl 1) bey der Anlegung eines neuen Todtenhofes ausserhalb der Stadt keine solche Ursach eintritt, welche die eignen Bedürfnisse der drey Gemeinden betrifft, indem eine jede Gemeinde mit einem besondern Todtenhofe versehen ist, dieser auch zum kirchlichen Gute einer jeden Gemeinde gehört, und das einer jeden daran zustehende Eigenthumsrecht nicht ausser Betracht gesetzt werden darf, wenn dieselben dessen an dem bisherigen Platze sich begeben, und dagegen einen andern Ort dafür anzunehmen, und diesen erst mit Kosten zu einem Todtenhofe einzurichten, angewiesen werden sollen;

insbesondere 2) die reformirte Gemeinde auf die Erhaltung ihres mitten in der Stadt gelegenen Kirchhofs bestehen zu können, Ursachen angeführet hat, indem dieses ein von ihren Voreltern mit Kosten angelegter Platz sey, dessen vortheilhafte Lage der Gemeinde eine Gemächlichkeit verschaffe, die sie mit der Ungemächlichkeit, welche mit einem entfernten Platze verknüpft sey, nicht vertauschen wolle, überdem eine Erweiterung dieses Platzes in jedem Falle, wenn selbige dereinst eintreten dürfte, durch Abhauung der umher gesetzten Lindenbäume erreichet werden könne;

4 Gleichwohl 3) bey einer landesherrlichen Verfügung nicht ausser rechtlicher Absicht zu nehmen ist, daß dieselbe nicht gegen die zustehenden Rechte einzelner Unterthanen und Gemeinden anstoße,

L. 2. §. 10. D. ne quid in loco publ.
L. 4. C. de emancipat.

auch 4) hiebey von der reformirten Gemeinde angeführt worden, daß aus der Lage des Kirchhofes in der Stadt, in Betracht der darin befindlichen breiten Gassen, ein Nachtheil an der Gesundheit der Einwohner nicht zu besorgen sey, und dazu dieses, daß viele Leute, die nahe am Kirchhofe wohnen, sehr alt worden, zum Beweise dienen könne;

D.

D. a. u. d. 1) die Verlegung der Kirchhöfe aus der Stadt und an einen ausserhalb derselben gelegenen entfernten freyen Platz als eine auf das Wohl der ganzen Stadt abzweckende, und zur Aufrechthaltung der Gesundheit der Einwohner gereichende Einrichtung anzusehen ist, und der gemeinnützige Vortheil einer solchen Verlegung besonders in Rücksicht auf die schädlichen Folgen, welche durch die Ausdünstungen der in Fäulniß übergegangenen und mit ansteckenden Krankheiten behaftet gewesenen Körper auf alle Einwohner einer Stadt sich verbreiten können, durch Erfahrung und Gründe bewährt ist; 5

Christ. Gottfr. Hoffmann de coemeteriis ex vrbibus tollendis cap. 3. §. 2.

Sodann 2) die Verfügung desjenigen, wodurch die Gesundheit der Unterthanen gegen äusserliche schädliche Einrichtungen gesichert wird, zur Landes-Policey gehöret, folglich auch die Verlegung der Gottes-Aecker ausserhalb der Stadt dahin zu rechnen ist, und solche von dem Landesherrn vermöge der Landeshoheit in Policey-Sachen verfügt werden kann; 6

Moser von der Landeshoheit in Policey-Sachen Cap. 4. §. 2. und 13.
Cramer Wetzlarische Nebenstunden Th. 36. Abh. 9.

Und daher 3) der regierende Herr Graf kraft landeshoheitlicher Policey-Gerechtigkeit die Verlegung des mitten in der Stadt gelegenen Kirchhofes zu verordnen für berechtiget zu halten, und dagegen weder die grössere Gemächlichkeit, worauf sich die evangelisch-reformirte Gemeinde in Ansehung des Gebrauchs ihres Kirchhofes bezieht, in Betracht kommen kann, weil bey der Collision der Privatrechte und der Gemächlichkeit einzelner mit dem allgemeinen Wohle der ganzen Stadt auf letzteres vorzüglich Rücksicht zu nehmen ist, noch auch die angeführte Breite der Straßen gegen die Besorgniß des Nachtheils, welcher durch die schädlichen Ausdünstungen einen jeden sowohl in der Entlegenheit als in der Nähe des Kirchhofes treffen kann, die nöthige Sicherheit zu geben vermag; 7

Und ob zwar 4) in Ansehung der beyden übrigen Gemeinden nemlich der evangelisch-lutherischen und der römisch-catholischen Gemeinde, deren jede bereits einen Todtenhof ausserhalb der Stadt hat, die Ursache der Verlegung so dringend nicht ist, dennoch bey der jährlich zunehmenden Vergrösserung der Stadt in kurzer Zeit ein gleicher Fall eintreten dürfte, und darauf vor jetzt, da die Anlegung eines gemeinschaftlichen Todtenhofes in Vorschlag gekommen, zugleich eine billige und gemeinnützige Rücksicht zu nehmen gewesen, bevorab beyde Gemeinden nichts weiter als den Mangel des kirchlichen Vermögens vorgestellt haben,

Immittelst wenn 5) die drey Gemeinden zur Verlegung des alten und zur Anlegung eines neuen Todtenhofes aus Gründen des allgemeinen Wohls der ganzen Stadt anzuweisen sind, dabey zugleich auf eine zu verfügende Entschädigung rechtliche Absicht zu nehmen ist, immaßen so oft Unterthanen aus Rücksicht auf das allgemeine Wohl an ihren eignen Rechten nachgeben, und zu gemeinnützigen Anlagen ihr eig- 8

nes Vermögen durch die Uebernahme von Kosten verwenden müssen, ihnen nach gleichen Gründen der Billigkeit eine Entschädigung angedeihen muß; quoties enim vi imperii eminentis ex vtilitate publica ius quaesitum aufertur, siue id consistat in re mobili siue in re immobili siue in actione: toties eis pensatio fieri debet ex communi

Bynkershoeck quaestion. iur. publ. lib. 2. cap. 15.
Grotius de iure belli et pacis lib. 2. cap. 14. §. 7.

et merito haec temperatio adhibenda est, vt damnum omne resarciatur, et, quod publica causa ceditur, pretio vicissim dato vel alia aequali ratione pensetur,

de Pufendorf obs. iur. tom. 3. obs. 133. §. 2.

dazu auch in dem gegenwärtigen Falle ein um so stärkerer Grund von Billigkeit dazu vorhanden ist, weil die drey Gemeinden die Anlage eines neuen gemeinschaftlichen Todtenhofes nicht zu eignem Bedürfnisse, weil eine jede derselben dazu schon einen eignen Platz hat, sondern zur gemeinen Wohlfahrt aller Glieder der Stadt unternehmen sollen;

9 und in solchem Falle 6) keine Art der zu verfügenden Entschädigung auf der Billigkeit mehr gegründet ist, als diejenige, bey welcher nach den Grundsätzen der legis Rhodiae de iactu die Einwohner der Stadt, deren Gesundheit gegen die Gefahr, welche aus der Nähe der Kirchhöfe erwächßt, geschützt wird, in eine Mitleidenheit gezogen werden, vt omnium contributione resarciatur, quod pro omnibus factum est,

L. 1. D. ad L. Rhod. de iactu.
Lauterbach de aequitat. et extens. L. Rhod. de iactu.
Struben rechtl. Bedenken Th. 1. Bed. 45.

und daß dagegen hinwiederum die bisherigen Kirchhofs-Plätze von den drey Gemeinden abgetreten, und zu gemeinen Nutzungen, so wie es die Natur solcher Plätze nach einem gewissen Zeitraume zuläßt, angewandt werden können, wie dann solche Art der Kosten-Anschaffung schon in dem Falle, wenn ein neuer Todtenhof anzulegen ist, hergebracht ist;

Carpzov in iurispr. ecclesiast. lib. 2. def. 387.

und in dem gegenwärtigen Falle eine Anwendung desto mehr leidet, weil der neu anzulegende Kirchhof als ein gemeinschaftlicher Todtenhof für die ganze Stadt zu betrachten ist, bey welchem ein jeder Einwohner sowohl in Ansehung des abgewandten Nachtheils, als auch wegen des Gebrauchs interessirt ist;

Als halten wir den Rechten nach dafür:

10 daß sämmtliche drey Gemeinden in die erwähnte landesherrliche Verordnung, wenn zugleich eine Verfügung behuf einer billigmäßigen Entschädigung der darauf zu verwendenden Kosten halber getroffen wird, sich zu fügen, und den Todtenhof aus der Stadt hinweg an einen von der gnädigsten Landesherrschaft angewiesenen Platz anzulegen schuldig sind. 1782.

Num. 158.

Num. 158.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

De iure ſuperioris eccleſiaſtici congregationes religioſas ſupprimendi et transferendi.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Species facti. n. 1.
Quaeſtio prima. n. 2.

Rationes dubitandi.

Status regularium competit tantum iis qui ad certam regulam praeſtitis votis obſtricti ſunt. n. 3.
Sodalitas laicorum licet ad pios fines conuenerit, ſubeſt magiſtratui ſeculari. n. 4.
Imprimis ſi deeſt confirmatio epiſcopi. n. 5.

Rationes decidendi.

Societas priuata quae perpetuo finem quendam religioſum ſequitur, qualitatem congregationis eccleſiaſticae ſortitur. n. 6.
Erectio oratorii, cum facultate cultum diuinum publicum ſcholasque publicas habendi a ſuperiori eccleſiaſtico concedenda eſt. n. 7.
Sodalitium publicum, non vero priuatum bona immobilia acquirere poteſt. n. 8.
Ex facto non conſtat magiſtratum ſecularem exercuiſſe actus iurisdictionis, eccleſiaſticam iurisdictionem vero plura exempla probant. n. 9. 11. 12.
Corpora pia niſi auctoritate magiſtratus ſecularis fundata vel confirmata ſunt iurisdictioni eccleſiaſticae ſubſunt. n. 10.
Quaeſtio prima deciditur. n. 13.
Quaeſtiones vlteriores. n. 14.

Rationes dubitandi.

Suppreſſio beneficii iuſtam cauſam deſiderat. n. 15.
Bona collegii diſſoluti inter ſodales diuidi debent. n. 16.

Rationes decidendi.

Suppreſſio et translatio beneficiorum eſt actus poteſtatis eccleſiaſticae. n. 17.
Nec ſuperioritas territorialis concurrit. n. 18. 19.
Bona vniuerſitatis non ſunt bona ſingulorum. n. 20.
Aequitatis ratio ſuadet vt ſublata congregatione regulares indemnes ſeruentur. n. 21.
Quaeſtiones deciduntur. n. 22.

Rechtsgutachten.

Als uns eine Geſchichtserzählung nebſt angehängten Fragen zugeſandt, und darüber unſere in den Rechten gegründete Meinung verlangt worden; demnach erachten wir den Rechten gemäß zu ſeyn:

Ha-

1 Haben sich im 16ten Jahrhunderte fünf Personen weiblichen Geschlechts in der Stadt Essen in einem Hause vereinigt, um in selbigem zusammen zu wohnen und ein stilles und frommes Leben unter gemeinschaftlicher Andacht zu führen, und haben die Mitglieder dieser Gesellschaft, zu welcher sich nach und nach mehrere, und vorzüglich Bauerntöchter gesellet, und ordentlich darin aufnehmen lassen, von ihrem mitgebrachten Vermögen und ihrer Hände Arbeit sich ihren nothdürftigen Unterhalt zu erwerben suchen müssen;

In der Folge der Zeit haben die Mitglieder dieses Instituts sich durch besondere Kleidung von anderen weltlichen Personen unterschieden, gemeinschaftlich Speise und Trank genossen, gewisse Stunden des Tages ihr Gebet zusammen verrichtet, und sich auch im Jahre 1686 zur Beförderung ihrer Andacht ein kleines Oratorium in ihrem Eigenthume erbauet, worin auch nachher an Sonn- und Fest-Tagen Messe gehalten worden zu denen wohlthätige Personen seit ungefähr 20 Jahren ein kleines Capital ausdrücklich fundirt haben. Uebrigens haben sie nie unter einer Regel gestanden, noch Gelübde geleistet, auch hat ein jedes Mitglied eben sowohl seine Bedürfnisse an Kleidung aus seinem eignen Vermögen besorgt, als auch über sein eingebrachtes Vermögen zum Vortheile seiner Freunde und Verwandten nach Willkühr disponiret; und ist erst seit einigen Jahren durch eine von der vorigen Mutter mit Einwilligung der sämmtlichen Mitglieder gemachte und zu Cölln bestätigte Verordnung die Disposition über das eingebrachte eigene Vermögen zum Besten ihres Convents ihnen untersagt worden, unter welchen Umständen sie dann einige unbewegliche Güter in dem Hochstifte Essen an sich gekauft haben;

Inzwischen sind die Mitglieder dieses Instituts im gemeinen Leben die Nonnen und Conventualinnen im neuen Hagen genannt worden, sie haben jedoch nie um Bestätigung ihres Instituts bey einer geistlichen oder weltlichen Obrigkeit nachgesucht, und der Magistrat der Stadt Essen hat über ihre in der Stadt und ihrem Bezirke liegende Güter die Gerichtbarkeit und übrige obrigkeitliche Gerechtsame ausgeübt, und ihnen eine Befreyung von den mehrsten gewöhnlichen bürgerlichen Lasten um so mehr gestattet, als sie besonders mit dem Unterrichte der Jugend der catholischen Bürger sich beschäfftiget, und ausgezeichnete Liebesdienste den Armen und Kranken bewiesen;

Bey der Verbesserung ihrer äusserlichen Umstände haben sie demnächst zur Besorgung ihrer weltlichen Geschäfte freywillig einen sogenannten Commissarius erwählet, welcher das Beste des Convents zu besorgen gehabt, dem sie die Rechnungen von der Ausgabe und Einnahme vorgelegt, ihm auch jedesmal angezeigt, wenn sie ein neues Mitglied aufnehmen wollten: ohne daß jedoch dieser Commissarius von der Frau Aebtissin des Stifts Essen bestätiget worden.

Als indessen bey dem Absterben des vorigen Commissarius ihnen von der damaligen Aebtissin ein Jesuit zum Commissarius vorgesetzt werden wollen; haben die Conventualinnen solcher Neuerung widersprochen, jedoch sich bewegen lassen, der Frau Aebtis-

Aebtissin dazu zwey Personen vorzuschlagen, aus welchen der jetzt lebende Commissarius genommen worden.

Nur erst im Jahre 1784 hat die regierende Frau Aebtissin den Conventualinnen mittelst eines durch ihren Commissarius abgelassenen Befehls das fernere Schulhalten, der dagegen gemachten Vorstellungen ungeachtet, gänzlich untersagt, und solche Schule mit einem dasigen wirklichen Nonnenkloster vereiniget;

Auf diesen Vorgang ist vor kurzem ein mit Vorwissen und Bewilligung Sr. päbstlichen Heiligkeit und Sr. römisch-kaiserlichen Majestät ausgefertigtes förmliches Aufhebungs-Decret auf Befehl der Frau Aebtissin den versammelten Conventualinnen durch ihren Commissarius und einen Canzleyrath publicirt, ihnen sämmtliche Urkunden und einige Kostbarkeiten abgefordert, ihre übrigen Sachen versiegelt, und ihre im Hochstifte gelegenen unbeweglichen Güter der Disposition der Frau Aebtissin für heimgefallen, und einem gewissen Nonnen-Kloster nunmehr für incorporiret erklärt, jedoch einigen aus dem Convente eine noch unbestimmte jährliche Pension gnädigst versichert worden;

Da die Conventualinnen sich bey Aufhebung ihres Convents und bey der Einziehung ihrer Güter nicht so schlechterdings beruhigen zu können vermeinen; so wünschen sie über folgende Fragen des Rechts belehrt zu seyn:

Erste Frage.

Ob aus vorgesetzter Geschichtserzählung erhelle, daß sie als wirkliche geistliche Personen zu betrachten, und als solche der geistlichen Gerichtbarkeit und Regierung der Frau Fürstin Aebtissin von Essen, welche dieselbe in dem Hochstifte Essen, vermöge einer in diesem Jahrhunderte von der Rota Romana ausgesprochenen Definitiv-Sentenz, independenter a dioecesano Coloniensi ausübt, unterworfen sind? 2

3 Ob nun wohl 1) mit Grunde behauptet werden kann, daß die bemeldeten Conventualinnen für wirkliche geistliche Personen nicht gehalten werden können, indem der Stand der Religiösen oder der status regularium, welcher bey ihnen einzig und allein in-Frage kommen kann, ihnen deshalb nicht zugeeignet werden mag, weil sie weder eine Ordensregel bey ihrem Institute angenommen, noch auch eines von den bestimmten Gelübden des Mönchsstandes ablegen, eines von beyden aber zu Begründung des status regularium oder status religiosorum erforderlich ist; dahergegen weder die angenommene geistliche Kleidung, noch auch die von ihnen freywillig angenommene Gemeinschaft des Lebens und gemeiner Güter ein Kennzeichen des geistlichen Standes ausmacht; weshalben obgemeldete Conventualinnen in dem Berichte des Officialen an die Nunciatur zu Cölln mit Recht so geschildert worden: quod non sint moniales, sed filiae rusticae, nullo voto obstrictae, habitu solum sese a laicis distinguentes;

4 Sodann 2) die angeführte Geschichtserzählung ergibt, daß sie ursprünglich ein Privat-Institut ausgemacht, zu welchem sich nach und nach mehrere zu gleichem Zwecke nem-

nemlich zu bestimmten Werken der Frömmigkeit und zum Unterrichte der Jugend vereiniget, dergleichen Gesellschaften sodalitates laicorum oder confraternitates genannt werden; gleichwohl schon den gemeinen Rechten für gemäß zu halten, quod religionis causa liceat coire in collegium,

L. 1. §. 1. D. de colleg. et corporib. illicit.

und wenn auch solche Gesellschaft zu besserer Erreichung ihres Endzwecks ein eigenes Oratorium oder Capelle erlanget, sie nichts destoweniger eine sodalitas laicorum bleibt, und weltlicher Obrigkeit unterworfen seyn können, sunt enim quaedam confraternitates laicorum, quae laicorum directioni subsunt, atque per laicos collectae sunt, et bona ad eas spectantia per laicos administrantur: quae habent interdum specialia sacella, in quibus officia confraternitatis peraguntur per presbyteros;

Espen in iure ecclesiastico P. 2. Sect. 4. tit. 6. cap. 6. num. 12., Tom. 2. Edit. Louan. p. 132.

5 Darneben 3) nicht ausser Betracht zu nehmen, daß dieses Institut weder unter bischöflicher Auctorität errichtet, noch auch in der Folge der Zeit bestätiget worden, und daraus die Folge gezogen werden dürfte, daß es als eine sodalitas laicorum der geistlichen Gerichtbarkeit nicht unterworfen sey; wie dann in alten Zeiten an Exempeln solcher bloß der weltlichen Obrigkeit unterworfenen Gesellschaften es nicht fehlet,

Boehmer in iur. eccles. lib. 3. tit. 36. §. 4.

nam hospitalia et alia loca pia sine auctoritate episcopi extructa et ordinata sunt privata, non autem religiosa seu ecclesiastica; et ideo non subsunt iurisdictioni episcopi dioecesani

Fagnanus in comment. ad c. 4. X. de domib. relig. n. 51. et 57.

6 Dennoch aber und dieweil 1) bey rechtlicher Beurtheilung der Gerichtbarkeit, welcher der gemeldete Convent untergeben ist, nicht sowohl auf den dessen Gliedern mangelnden geistlichen Stand, als vielmehr auf die Beschaffenheit des Convents selbst es ankömmt, welcher zwar ursprünglich und nach dem Zwecke der ersten Mitglieder eine Privatgesellschaft ausgemacht, hergegen in der Folge der Zeit durch den unter den neu aufgenommenen Gliedern fortgesetzten beständigen und gemeinschaftlichen religiösen Endzweck, welcher auf bestimmte Werke der Frömmigkeit und auf den Unterricht der Jugend gerichtet worden, die Eigenschaft einer congregationis vel sodalitatis ecclesiasticae publicae erlanget;

7 Allermaßen 2) in dem Zeitraume von zweyhundert Jahren, da dieser Convent bestanden, merkliche Beweise der von den geistlichen Obern stillschweigend ertheilten Bestätigung desselben vorkommen, indem demselben im Jahre 1686 ein Oratorium und zwar mit der Befugniß, an Sonn- und Festtagen darin Messe halten zu lassen, verstattet worden, welches anders nicht als unter bischöflicher Auctorität geschehen können;

Fagnanus l. c. n. 54.

nicht

nicht weniger die Bestätigung der unter den Conventualinnen errichteten Verordnung, mittelst deren sie der Freyheit über ihr eingebrachtes Vermögen zu disponiren sich begeben, als einer ihre innere Verfassung betreffende Verordnung zu Cölln gesucht und ertheilt worden; darneben ihr Endzweck auf den Unterricht der catholischen Jugend gerichtet gewesen, in Ansehung dessen der Convent der geistlichen Gerichtbarkeit untergeben worden; gleichwohl ein jeder der angeführten Puncte ein unter der geistlichen Gerichtbarkeit stehendes corpus pium bezeichnet, wie

Fagnanus l. c.

ausführlich bemerket;

Wie denn 3) der Convent in dem wirklichen Genusse und Besitze der Rechte einer öffentlichen congregationis ecclesiasticae gestanden, indem derselbe unbewegliche Güter in dem Hochstifte Essen acquiriret, welcher Erwerbung kein Privat-Institut fähig ist, und welche daher den Character eines öffentlichen sodalitii ausmacht; derselbe auch zur öffentlichen Verwaltung der weltlichen Güter des Convents eine besondere Amtsperson, in der Person eines Commissarii, erwählt und angenommen; 8

Hergegen 4) in der Geschichts-Erzählung kein Umstand angeführt ist, aus welchem eine Unterwürfigkeit des Convents unter der Obrigkeit der Stadt Essen hergeleitet werden könnte, indem die von der weltlichen Obrigkeit dem Convente stillschweigend ertheilte Erlassung der bürgerlichen Lasten nur allein die von dem Convente erworbenen Grundstücke betrifft, worin sie nach den Rechten eines pii corporis beurtheilt worden; 9

Ueberdem 5) ein corpus pium nur alsdann unter der Eigenschaft eines weltlichen Instituts betrachtet werden kann, wenn es auctoritate magistratus secularis fundiret oder bestätiget worden, 10

Fagnanus ad cap. 4. X. de domib. relig. num. 43. seqq.

hergegen alle andere corpora pia unter der geistlichen Gerichtbarkeit der Regel nach stehen;

C. 3. 4. X. de dom. relig.
Concil. Trident. Sess. 25. de reform. c. 8.
Espen l. c. n. 31. seq.
Gonzalez ad c. 4. X. de dom. relig. num. 6.

wie denn 6) die Verfassung der Stadt Essen es nicht einmal leidet, daß der besagte Convent unter der Gerichtbarkeit der evangelischen Obrigkeit der Stadt stehen kann, da davon, daß der Convent in dem Entscheidungs-Jahre unter derselben gestanden haben sollte, keine Anzeige in der Geschichts-Erzählung enthalten ist, vielmehr das Gegentheil und die verschiedenen actus der anerkannten geistlichen Gerichtbarkeit angeführet sind; 11

Endlich 7) in der Frage selbst bemerkt ist, daß die Frau Aebtissin von Essen in dem Hochstifte, vermöge einer in diesem Jahrhunderte von der Rota Romana ausge- 12

sprochenen Definitiv-Sentenz die geistliche Gerichtbarkeit independenter a dioecesano coloniensi ausübt, nicht minder der Convent die Fürst-Abteyliche geistliche Gerichtbarkeit bey der Bestellung des vorgeschlagenen jüngsten commissarii, wie auch bey der Aufhebung der Schule des Convents anerkannt hat,

Als erhellet aus solchem allem nach Maßgabe der Geschichts-Erzählung so viel:

13 daß, wenn auch die besagten Conventualinnen im eigentlichem Verstande keine wirkliche geistliche Personen sind, dennoch deren Convent, mithin auch alle dessen Glieder, der geistlichen Jurisdiction und Regierung der Frau Aebtissin von Essen unterwürfig sind.

Zweyte Frage.

14 Ob die Frau Fürstin Aebtissin, da dieselbe nicht im Besitze der Ausübung der Landeshoheit in der Stadt Essen ist, die Befugniß gehabt, etwa aus vermeintlicher obrigkeitlicher oder bischöflicher Machtvollkommenheit ihr Convent aufzuheben und ihnen ihr erst in neueren Zeiten rechtmässig erworbenes Eigenthum zu entziehen?

Dritte Frage.

Ob es nicht für sie am rathsamsten sey, den Schutz des Magistrats von Essen, als ihrer ordentlichen Obrigkeit, gegen solche Aufhebung anzurufen und denselben zu bitten, durch Vorstellungen, Intercessionen, oder andere zweckmässig befundene Mittel die Frau Aebtissin dahin zu disponiren, den Conventualinnen ihre ihnen sogleich nach Publication des Aufhebungs-Decretes, wie sie glauben, mit Unrecht entzogenen Güter, zurück zu geben?

Vierte Frage.

Wie sich überhaupt die Conventualinnen, da ein hierüber zu führender Proceß eine zu kostbare Sache sey, am besten und für sie am vortheilhaftesten zu verhalten haben?

15 Wiewohl nun 1) die Aufhebung des besagten Convents, wenn sie vermöge der Hoheitsrechte erkannt seyn sollte, aus dem Grunde nicht bestehen würde, weil das Urtheil des Reichscammer-Gerichts vom 4ten Febr. 1670, worin solche einer zeitigen Aebtissin zuerkannt sind, durch die dagegen eingelegte Revision noch bis jetzt in suspenso beruhet, wie in der von Seiten des Magistrats der Stadt Essen edirten Deduction in Ludolfs

Symph. Consult. tom. 5. in app. p. 286.

ausgeführet worden;

und dafern 2) solche von der Frau Aebtissin kraft der geistlichen Gerichtbarkeit und des Dioecesanrechts verfüget seyn sollte, dazu eine iusta causa erfordert wird,

Petr. Leurenius in foro benefic. P. 2. Sect. 2. c. 2. qu. 966. et seqq.

gleich-

gleichwohl in gegenwärtigem Falle die Aufhebung auf einmal ohne alle Erörterung bloß durch ein publicirtes Decret geschehen;

Woraus 3) ein Grund erwachsen möchte, den Schutz des Magistrats der Stadt, wenn derselbe als ordentliche Obrigkeit angesehen werden könnte, zu imploriren, und das Gesuch durch die in der Frage bemerkten Bewegungs-Gründe zu unterstützen;

Wenigstens 4) ein Grund der Billigkeit eintreten dürfte, daß, da der Convent 16 ursprünglich aus den eigenthümlichen Gütern der zu demselben sich vereinigenden Mitglieder entstanden, ihnen auch die Befugniß nachgelassen sey, die eingezogenen Güter, nach dem Beyspiele der

L. 3. pr. D. de colleg. et corporib.

als gemeines Gut unter die Mitglieder hinwiederum zu vertheilen;

Dennoch aber und dieweil 1) aus den bey der ersten Frage angeführten Gründen 17 erhellet, daß besagter Convent als ein corpus pium und ecclesiasticum, nur allein unter der geistlichen Gerichtbarkeit und unter dem Dioecesanrechte der Frau Aebtissin gestanden, und daher an der rechtlichen Befugniß derselben, den Convent aufzuheben und dessen Güter anderen Stiftungen zu incorporiren, deshalb überhaupt nicht gezweifelt werden mag, weil solches als ein bischöfliches Recht

in Concilio Trid. Sess. 25. c. 8. de reformat.

anerkannt ist; darneben bey der Ausübung desselben in dem gegenwärtigen Falle die Vorsicht gebraucht worden, die päbstliche und die kaiserliche Einwilligung darin zu erlangen, und nach der Verfassung der catholischen Kirche die Ursachen der Aufhebung nur dem superiori zur Beurtheilung und Einwilligung vorzulegen sind, und daher die Aufhebung mittelst eines abgefaßten Aufhebungs-Decretes vollzogen worden;

Bey so bewandten Umständen aber 2) bey dieser Aufhebung und der damit ver- 18 bundenen Translation der eingezogenen Güter auf eine andere Stiftung, kein Hoheits-Recht in Anwendung gekommen, welches sowohl daraus, daß die Aufhebung unter päbstlicher Bewilligung geschehen, als auch aus der Natur dieses zur Kirchen-Gewalt gehörigen Rechts sich ergibt; mithin die streitigen Hoheitsrechte bleiben keinen Einfluß gewinnen;

In solchem Betrachte 3) die Conventualinnen einen rechtlichen Grund um den 19 Schutz des Magistrats der Stadt Essen gegen die erfolgte Aufhebung zu imploriren, mit einem gedeihlichen Erfolge für sich anzuführen nicht vermögen, da der geistliche Convent dem evangelischen Magistrate, als Obrigkeit der Stadt nicht unterworfen ist, mithin derselbe bloß unter der Eigenschaft eines jeden andern Dritten, mit einer Intercession für sie sich verwenden mag, hergegen eine jede andere Art der Verwendung, wodurch die geistlichen Gerechtsame der Frau Aebtissin in Streit gezogen würden, anstößig und den Conventualinnen eher nachtheilig als vortheilhaft seyn, und schon deshalb kraftlos bleiben dürfte;

20 Demnächst 4) den Conventualinnen weder an den Gütern des Convents, weil solche der ganzen Congregation, als einer moralischen Person, zugestanden, noch auch einer jeden derselben an ihrem eingebrachten eigenen Vermögen, weil sie der Disposition darüber nach der Verfassung des Convents sich begeben, ein Eigenthum beygelegt werden mag; und daher von dem, was von der Aufhebung einer Privat-Gesellschaft, welche unter dieser Eigenschaft kein gemeines Gut zu besitzen vermag, in

L. 3. pr. D. de colleg. et corp.

versehen ist, keine Folge auf eine Corporation oder Congregation sich ziehen läßt, weil diese das Recht, Güter in corpore zu besitzen, genießt, an deren Eigenthume die zeitigen Mitglieder keinen Antheil haben,

L. 7. §. 1. D. quod cuiusque vniuersit. nomine.

21 Immittelst, wenn gleich 5) die Conventualinnen zur Ablehnung der schon vollzogenen Aufhebung, besonders in dem Betrachte, daß die päbstliche und die kaiserliche Einwilligung derselben hinzugetreten, keiner rechtlichen Hoffnung sich getrösten können, dennoch sie starke Gründe der Billigkeit für sich haben, auf die Versicherung einer aus den eingezogenen Gütern allen und jeden Mitgliedern des Convents zu reichenden reichlichen Pension bey der Frau Aebtissin anzutragen, wobey ihnen sowohl die aus ihrer ursprünglichen Verfassung herfliessenden Gründe, da ihr Convent zum Theil aus dem Privat-Vermögen ihrer Vorfahren gestiftet worden, als auch die Gründe, daß sie zum Theil ihr eigenes und eingebrachtes Vermögen dem Convente gewidmet haben, ferner auch insbesondere dieses zu statten kömmt, daß sie unter dem Fürst-Abteylichen Schutze und Regierung sich in den Convent begeben, und in denselben aufgenommen worden, und unter solchem Schutze ein vollkommenes Recht auf den lebenswierigen Unterhalt aus den Gütern des Convents erworben, welches ihnen ohne ihnen eine hinlängliche gleichmäßige Vergütung durch eine jährliche Pension zu leisten, nach gemeinen Rechten nicht entzogen werden können; immaßen, wenn die Aufhebung eines Convents und die Auslegung dessen Güter zu anderen Stiftungen innerhalb der Gränzen der Gerechtigkeit unternommen werden soll, sie mit einer hinlänglichen Befriedigung der Mitglieder des Convents, welche den Verlust eines erworbenen vollkommenen Rechts leiden müssen, verknüpft seyn muß, indem sowohl die Gründe des allgemeinen Kirchenrechts, als des allgemeinen Staatsrechts darin übereinstimmen: quod etsi vrgens vel ecclesiae vel reipublicae salus intelligatur, ex qua cedere debent iura priuatorum, haec tamen temperatio semper adhibenda sit, vt damnum omne resarciatur idque alia aequali ratione pensetur,

de Pufendorf obs. iur. vniv. tom. 3. obs. 133. §. 11.
Bynkershoeck in quaest. iur. publ. lib. 2. qu. 15.

und da solches bey ähnlichen weltlichen Verfügungen, wo einer Privat-Person sein Recht aus Gründen des gemeinen Wohls entzogen wird, der Gerechtigkeit nach befolgt werden muß;

v. Cramer in den Wetzlarischen Nebenstunden Th. 1. n. 88.

Stru-

Struben in rechtl. Bedenken Th. 2. Bed. 180.

auch solches bey Verfügungen dieser Art, die vermöge der höheren geistlichen Gerichtbarkeit geschehen, um so genauer zu beobachten ist, jemehr solche durch Gründe der Gerechtigkeit und Billigkeit, worauf die Religion selbst weiset, geleitet werden müssen;

Als sind wir solchem allem nach der rechtlichen Meinung:

daß 1) die Frau Aebtissin vermöge der derselben zustehenden bischöflichen und Dioecesan-Rechte die rechtliche Befugniß gehabt, den Convent unter der erlangten päbstlichen und kaiserlichen Einwilligung aufzuheben und dessen Güter andern Stiftungen für incorporirt zu erklären; hergegen die Landeshoheit bey dieser Aufhebung überall nicht in Betracht komme;

Ferner 2) für die Conventualinnen für rathsam und vortheilhaft nicht zu halten, den Schutz des evangelischen Magistrats der Stadt Essen zu imploriren, weil derselbe ihnen solchen aus einer Art des obrigkeitlichen Rechts gegen die zur Kirchengewalt der catholischen Kirche gehörigen Rechte angedeihen zu lassen nicht vermag;

Hergegen sie 3) eine gerechte Vergütung der ihnen durch Aufhebung des Convents entzogenen Rechte von der Frau Aebtissin mittelst einer, einer jeden unter ihnen zu leistenden lebenslänglichen hinreichenden jährlichen Pension zu fordern, wohl befugt; und darauf ihr Ansuchen bey der Frau Aebtissin zu richten, für sie am rathsamsten zu halten. 1786.

Num. 159.

Num. 159.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

Stuprum commissum ad officium aeditui inhabilem non reddit.

Argumenta specialia.

Species facti. n. 1.
Quaestio proposita. n. 2.

Rationes dubitandi.

Amissio famae ex stupro punito sequitur. n. 3.
Officium aeditui tamquam officium ecclesiasticum probos mores desiderat. n. 4.

Rationes decidendi.

Vitae ante actae et seductionis ratio est habenda. n. 5.

Amissio famae ob stuprum in casibus singularibus tantum locum habuit iure romano. n. 6.
Emenda a stupratore soluenda est poena ecclesiastica quae effectus ciuiles non habet. n. 7.
Ob stuprum a viro ceterum probo commissum, ab officio aeditui talis excludendus non est. n. 8. 9.
Rationes vero superiori sunt reddendae. n. 10.
Quaestionis decisio. n. 11.

Rechtsgutachten.

Als uns eine Geschichts-Erzählung sammt angehängter Frage zur Ertheilung eines rechtlichen Gutachtens zugesandt worden; demnach erkennen wir den Rechten gemäß zu seyn:

1 Hat ein Bedienter T. zu W., welcher beynahe 20 Jahre bey verschiedenen Herrschaften gedient, und durch Treue und Fleiß, und insonderheit wegen seines stillen, sittlichen Betragens sich Lob erworben, durch den Reiz eines schon einige Jahre vorher von einem andern geschwängerten Dienstmädchens, und dadurch, daß sie beyde in einem Hause gedienet, und in der nemlichen Stube zusammen gewohnet, und oft halbe Tage lang allein im Hause zugebracht haben, sich zu einem unerlaubten Umgange mit derselben verleiten lassen, wovon sie vor etwa einem halben Jahre mit einem Kinde niedergekommen ist;

Hat ferner derselbe die nach der Stadtverfassung dafür zu erlegenden Brüchgelder bezahlt, und seinen Pflichten in Ansehung der Alimentation des Kindes ein Genüge geleistet, jedoch den Umgang, nachdem die Sache bekannt, und das Mädchen ausser Dienst gesetzt worden, gänzlich aufgehoben, und durch seine Reue und durch sein voriges

ges und nachheriges gutes Betragen seinen jetzigen Brodherrn, bey dem er in das 14te Jahr dienet, bewogen, ihm nicht allein seinen Fehltritt zu verzeihen, und ihn im Dienste zu behalten, sondern auch gegenwärtig sich für ihn zur Beförderung zu einer kleinen Bedienung mittelst seiner Vorsprache zu verwenden,

Betrifft diese Stelle den Dienst eines Küsters, dessen Verrichtungen bloß darin bestehen, die vasa sacra aufzubewahren, das Verzeichniß der Gestorbenen, Getauften und Copulirten zu führen, und ein sogenanntes Zettelbuch, worin die wöchentlichen Anzeigen der Catechisationen, die vorfallenden Fest- und Bet-Täge, die abzulesenden Edicte, Proclamationen, Fürbitten und Danksagungen notirt werden, zu halten, für Brod und Wein zur Communion zu sorgen und die Gesänge anzufangen; hergegen ist dieser Küster, nicht, wie sonst auf dem Lande gewöhnlich ist, für den Prediger auf einige Weise, etwa durch Vorlesungen oder sonst zu vicariiren, noch auch zu Haltung einer Schule verbunden; es ist auch ermeldeter T. erbötig, da es ihm an Nebenverdienste bey seiner Geschicklichkeit im Schönschreiben, Zeichnen und Mahlen nicht fehlen kann, allenfalls eidlich sich dahin zu reversiren, daß er niemals eine Schule halten wolle;

Bey diesen Umständen ist der Patron Z. nicht abgeneigt, in Betracht der ihm bekannten guten Qualitäten dieses Menschen auf denselben bey der Wahl Rücksicht zu nehmen, und vermeint, daß der vorangezeigte Fehltritt ihn dazu, vorkommenden Umständen nach nicht unfähig mache, noch auch bey der Beschaffenheit dieses Dienstes ein Aergerniß zu befürchten sey, so wie auch die bey der Kirche angesetzten Prediger, bey dem zu erwartenden guten Betragen des Candidaten kein Aergerniß besorgen, und ihres Theils gegen dessen Wahl nichts zu erinnern haben;

Es wünscht indessen der Patron hiebey auf alle Weise sicher zu gehen, und entstehet daher die

Frage:

> Ob benannter T. wegen des begangenen Fehltritts zu der gedachten Küster-Stelle für ineligibel zu achten sey, und die Wahl, falls solche auf ihn fallen sollte, ob ineligibilitatem des Subjectes von irgend jemand mit Grunde angefochten und demnächst durch Urtheil und Recht cassirt werden könne? 2

Ob nun wohl 1) das Vergehen des T., wenn es nach den Rechten eines bestraften öffentlichen Verbrechens und nach den Grundsätzen des römischen Rechts betrachtet werden könnte, den Grund der Ausschliessung desselben von einem Kirchendienste enthalten würde, da in gewissen Fällen der Verlust der Ehre als eine Folge eines bestraften Stuprums anzusehen ist, 3

L. 7. D. de publ. iud.

Besonders da 2) auch bey Besetzung eines Küster-Dienstes, als eines Kirchendienstes, auf einen züchtigen und kein Aergerniß gebenden Wandel sowohl nach den gemeinen Kirchenrechten, als nach der lüneburgischen Kirchen-Ordnung Absicht zu nehmen, indem in deren 4

Cap. 10. §. 16. in corp. constitut. Luneburgic. tom. 1. p. 95.

zur Pflicht eines Küsters gerechnet wird, in dem ganzen Lebenswandel sich ehrbar, züchtig und unärgerlich zu bezeigen, nicht minder in dem

Ausschreiben des Königlichen Consistoriums vom 20. Dec. 1736 ibid. p. 993.

versehen ist, daß wenn von einem Patron ein Subject zu solch einem Dienste präsentirt wird, der Superintendent dem die Präsentation geschiehet, dessen Leben und Wandel untersuchen solle;

Solchem zu Folge 3) es das Ansehen gewinnet, daß das in Frage stehende, und mit einem untadelhaften Wandel nicht bestehende Vergehen des benannten T. von der Beschaffenheit anzusehen sey, daß er zu dem Küsterdienste mit Bestande nicht ernannt werden könne;

5 Dennoch aber und dieweil 1) das Vergehen, wie es angeführt ist, von der Beschaffenheit nicht zu halten steht, daß der benannte T. deshalb für unfähig zu dem Küsterdienste zu achten, indem schon die von ihm angegebene Verleitung theils aus der Eigenschaft des Dienstmädchens, welches schon vorher von einem andern geschwächt gewesen, theils aus seinem vorher geführten untadelhaften Wandel sehr unterstützt wird, darneben er solches durch die erlegten Unzuchts-Brüche, und durch die der Alimentation des Kindes halber geleistete Abfindung abgebüßet, und derselbe in Ansehung der deshalb bezeigten Reue und des nachher fortgesetzten untadelhaften Wandels als emendatus de excessu commisso zu betrachten;

6 dahergegen 2) der Einwand von dem Verluste der Ehre überall nicht statt haben kann, indem nach römischen Rechten der Verlust der Ehre nur bey einem solchen stupro eingetreten, welches in iudicio publico mit einer peinlichen Strafe belegt worden,

L. 7. D. de iud. publ.

7 und ausser diesem Falle in keine Anwendung kömmt, so wie hinwiederum die emenda, welche in Erlegung der Send- und Unzuchts-Brüche beruhet, eine ursprünglich kirchliche Strafe ist;

Boehmer de mltis stuprorum §. 11., in electis iur. civ. tom. 3. p. 383.

welche der Ehre unbeschadet erkannt wird, und keine effectus ciuiles hat;

Reinharth in obs. ad Christin. dec. Vol. I. obs. 8.

wie solches auch in den hiesigen höchsten Landesgerichten in

Pufendorfii observ. tom. 2. obs. 18.

für gegründet erkannt worden ist.

8 In solchem Betrachte 3) bey einem Subjecte, welches sonst einen sittlichen und untadelhaften Wandel für sich hat, aus dem begangenen, und durch die erlegte emendam abgethaenen Vergehen, kein rechtlicher Grund einer Unfähigkeit zu einem gemeinen Kirchendienste hergeleitet werden kann; immaßen so sehr sonst auch bey dergleichen Dien-

Diensten nach Vorschrift der angezogenen lüneburgischen Kirchen-Ordnung auf einen züchtigen Wandel Rücksicht zu nehmen ist, dennoch aus einem einzelnen und bereits abgebüßten Vergehen bey dem sonst sowohl vorher als nachher beobachteten untadelhaften und sittlichen Wandel der Vorwurf eines unzüchtigen Wandels sich nicht machen läßt;

Bevorab 4) aus einem so beschaffenen und abgebüßten Vergehen auch kein scheinbares Aergerniß begründet, noch auch etwa ein Nachtheil fürs künftige besorgt werden mag, indem der Küsterdienst bey der in Frage stehenden Kirche nur in operis vulgaribus bestehet, und weder mit einer Obliegenheit in irgend einer geistlichen Amtspflicht des Predigers zu vicariiren, noch mit einem Rechte, die Schule zu halten, verknüpft ist;

Ueberdem 5) die Prediger der dasigen Kirche aus dem begangenen Fehltritte dieses Subjects, wie es die Natur der Sache mit sich bringt, keinen Anstoß nehmen, und auf deren Zufriedenheit es deshalb besonders ankömmt, weil die Dienste, die ein Küster zu leisten hat, bey den Amtsverrichtungen der Prediger geleistet werden; am wenigsten aber bey diesem mit keinem Schulhalten verknüpften Küsterdienste ein Anstoß der Gemeinde zu besorgen, noch auch eine erhebliche Ursache, einen Anstoß zu nehmen, dabey eintreten kann; 9

Solchem allem zu Folge 6) das vorgeschlagene Subject bey dessen übrigem sittlichen Wandel, des aus Uebereilung begangenen und abgethanen Vergehens halber, für unwählbar nicht gehalten werden mag; immittelst es zur Vorsicht des Patrons und zum Bestande der Präsentation zu rechnen ist, daß, weil solche durch die bemerkten Umstände des Vergehens, durch die Eigenschaft des Küsterdienstes und durch die Erklärung der Prediger, mithin durch solche Umstände gerechtfertigt wird, welche in diesem besondern Falle die Präsentation dieses Subjects rechtfertigen, davon auch bey der Präsentation desselben eine aufrichtige Anzeige dem Superintendenten aus der Ursache zu ertheilen, weil insonderheit der sittliche Wandel eines präsentirten Küsters durch oben angeführtes Ausschreiben des königlichen Consistorii vom 20ten Dec. 1736 der Untersuchung des Superintendenten überlassen und anheim gegeben ist, und dadurch die Berichtserstattung des Superintendenten, wovon die vom Consistorio zu ertheilende Confirmation abhänget befördert wird, 10

Als sind wir der rechtlichen Meinung:

> daß benannter T. wegen des begangenen und abgethanen Fehltritts, bey seinem sonst bezeigten sittsamen und untadelhaften Wandel allen vorkommenden Umständen nach zu dem Küsterdienste für unwählbar nicht zu halten, und wenn der Patron bey dessen Präsentation dem Superintendenten die vorangeführte aufrichtige Anzeige davon erstattet, derselbe sowohl vom königlichen Consistorio die Confirmation zu gewärtigen hat, als auch sodann solche Bestellung gegen allen dagegen zu machenden Anspruch in den Rechten für hinlänglich bedeckt zu halten ist. 1786. 11

Num. 160.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

Significatus vocis fundationum in art. V. §. 47. pacis Westph. eruitur, earumque iura circa decimas nouales in territorio alieno exponuntur.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Species facti. n. 1.
Quaestio proposita. n. 2.

Rationes dubitandi.

Vox *fundatio* varios habet significatus. n. 3.
Pro decimis in alieno territorio habendae non sunt, si in eodem territorio percipiuntur in quo illa fundatio est ad quam originarie pertinent. n. 4.

Rationes decidendi.

Vocabulum *fundatio* plerumque subiectiue sumitur et significat corpus cui certa bona addicta sunt. n. 5. 6.
Ita etiam in art. V. §. 47. sumendum est. n. 7. 8.
Quod ex tractatibus imprimis luculenter apparet. n. 9.
Fundationes e noualibus terris in alieno territorio sitis decimas percipere nequeunt nisi in anno normali in possessione vel quasi huius iuris fuerint. n. 10. 12.
Significatio vocis quae plures habet significatus ex contextu determinatur. n. 11.
Parochus primitiuus, in iure canonico ignotus, quis sit. n. 13.
Parocho primitiuo non competit ius decimarum noualium. n. 14.
Quaestionis decisio. n. 15.

Rechtsgutachten.

1 Hat Berthold von Ochsenstein Großdechant des Hochstifts zu Strasburg im Jahre 1255 dem Stifte Honau das Patronat nebst den Einkünften der Pfarrkirche zu Hatten, einem in Elsaß gelegenen Dorfe geschenkt, welches zu der dem Landgrafen von Hessen-Darmstadt gehörigen Grafschaft Hanau-Lichtenberg gehöret, aber unter der Hoheit des Königs von Frankreich liegt;

Nachdem das Stift Honau nachher mit der Collegiat-Kirche des alten St. Peters zu Strasburg vereiniget worden, hat dieselbe das Recht hergebracht, den großen Zehnten vor Hatten zu ziehen, und ist in dessen nicht bestrittenem Besitze.

Nachdem

Nachdem indessen gleich zu Anfang der Religions-Irrungen in Teutschland die damaligen Grafen von Hanau die protestantische Religion angenommen haben, ist schon seit vor dem Passauischen Vertrage bis jetzt, kein einziger catholischer Geistlicher mehr, als beneficiarius, in Hatten gestanden, sondern es haben die Landesherrn lutherische Geistliche als Pfarrer bey der Pfarrkirche zu Hatten angesetzt, und es hat daher das Stift St. Peter die Qualität eines curé primitif, die es sich gibt, wenn es solche auch jemals kraft obgedachter Schenkung gehabt haben sollte, von jener Zeit an verlohren, und niemals wieder erlangt;

Immittelst hat das Stift St. Peter als Decimator, auch den Neubruchs Zehnten zu Hatten in Anspruch zu nehmen gesucht, welcher hingegen von dem Herrn Landgrafen, als domino territoriali gefordert, und jenem Anspruche daher insbesondere aus diesem Grunde widersprochen wird, weil das Stift nicht als Pfarrer zu Hatten, sondern als eine Fundation zu Strasburg anzusehen sey, welche im Hanau-Lichtenbergischen territorio, mithin in territorio alieno, einen Neubruchs-Zehnten fordere, solches aber mit dem Westphälischen Frieden art. V. §. 47. streite, da es gewiß ist, daß dasselbe weder in dem Jahre 1624 noch auch vorher oder nachher in dessen Besitze gewesen (c),

Da indessen das Stift den im bemerkten §. 47. enthaltenen Ausdruck: fundationes, von jeder Stiftung zu erklären, und daher zu behaupten sucht, daß die zu Hatten etablirte Pfarrkirche selbst die Stiftung sey, und das Stift die Pfarrkirche vorstelle, und in solchem Betrachte den Neubruchs-Zehnten nicht in alieno sondern in eodem territorio fordere: so erwächßt die

Frage:

In welcher Bedeutung der Ausdruck: fundationes, im Westphälischen Frieden, besonders in dem angezogenen art. V. §. 47. gebraucht worden, und ob daher in dem gegenwärtigen Falle das Stift St. Peter zu Strasburg für eine solche Fundation zu halten sey, welche vermöge des Besitzes des im Hanau-Lichtenbergischen Territorium belegenen Zehntens zu Hatten einen Anspruch auf den Neubruchs-Zehnten machen könne? 2

Ob nun wohl 1) der Ausdruck einer Fundation an sich mehr als eine Bedeutung hat, und theils von der Handlung selbst, durch welche gewisse Güter zu der Errichtung einer Kirche oder eines kirchlichen beneficii gewidmet werden, theils obiective von der Kirche, zu welcher die Güter gestiftet sind, theils subiective von jedem geistlichen corpore, welchem gewisse Gerechtigkeiten und Güter vermittelst einer Stiftung zugeeignet worden, gebraucht zu werden pflegt, wie insonderheit die erste Bedeutung bey der Erwerbung des Patronatrechtes in 3

C. 25. X. de iure patronat.

Ianus a Costa in Comment. ad Decretal. p. 549.

nicht minder in

art. V. §. 17. Instr. Pac. Westph. in verbis: vbi id fundationibus non aduersatur.

vorkommt, und zum Grund liegt und davon die zwente Bedeutung die das gestiftete Object bezeichnet abhänget;

4 Aus dieser zwenten Bedeutung aber 2) das Collegiat-Stift zum alten St. Peter behaupten zu können vermeint, daß die Pfarrkirche zu Hatten als eine Fundation zu betrachten sey, zu welcher der Zehnte gestiftet worden, und wie der Zehnte selbst in der Zehntflur zu Hatten, als an dem Orte der Fundation gezogen werde, solches auch von dem Novalzehnten in eben demselben Gebiete zu behaupten stehe;

Indem 3) die Collegiat-Kirche zum alten Peter zu Strasburg die Rechte eines parochi primitiui bey der Pfarrkirche zu Hatten ausübe, und diese Fundation repräsentire, und dasselbe daher Namens der Pfarrkirche zu Hatten als einer Fundation, die daselbst fallenden Zehnten zu erheben habe, mithin in dem gegenwärtigen Falle nicht eine Fundation, die einen Zehnten in alieno territorio habe, wovon der erste Absatz des §. 47. art. V. Instr. Pac. Westph. handle, in Frage sey, sondern hier der Fall eintrete, da der Zehnten mit der Fundation, wozu er gestiftet worden, in eben demselben Gebiete gelegen sey, folglich die in dem zwenten Absatze: inter ceteros status des benannten §. 47. enthaltene Verordnung in Anwendung gebracht werden müsse;

5 Dennoch aber und dieweil 1) der Inhalt des Westphälischen Friedensschlusses ergibt, daß der Ausdruck fundationes besonders in dem 5ten Artikel desselben, wo von den verschiedenen Gattungen der geistlichen Stifter und deren Gütern geordnet wird, in der subjectiven Bedeutung, in welcher es die geistlichen corpora oder Stifter, denen gewisse Güter mittelst einer Stiftung zugeeignet sind, bezeichnet, gebraucht worden, hiezu auch der sehr angemessene Grund eingetreten, weil man unter diesem Ausdrucke der Fundationen die verschiedenen Gattungen der geistlichen Corpora, welche unter den Namen der Erz- und Hoch-Stifter, der capitulorum regularium et secularium der Prälaturen, Probsteyen, Priorate, Balleyen und freyen Stifter vorkommen, zu begreifen gesucht, da in Ansehung aller derselben durch den Friedensschluß ein gleiches Recht fest gesetzt werden sollen;

6 Wie dann 2) zu dessen deutlichem Beweise in Ansehung der reichsunmittelbaren Stifter in

§. 14. art. V. Pac. Westph.

siue sint archiepiscopatus, Episcopatus, Praelaturae, Abbatiae, Balliuiae, Praeposliturae, Commendae siue *liberae fundationes* seculares aut alia,

und in Ansehung der mittelbaren Stifter, in

§. 25. art. V. instr. Pac. Westph.

quaecumque monasteria, collegia, Balliuiae, Commendae, templa *fundationes*, scholae, hospitalia,

desglei-

desgleichen in

§. 26. cit. art. V.

Omnia quoque monasteria, fundationes et sodalitia mediata,

und eben daselbst noch in zwey andern Stellen:

In quibuscunque fundationibus, ecclesiis collegiatis, monasteriis, hospitalibus mediatis,

und darauf:

In quibuscunque fundationibus mediatis,

der allgemeine Ausdruck der Fundationen gebraucht worden, um zu erkennen zu geben, daß ausser den namentlich benannten auch alle andere ähnliche geistliche corpora, unter welchem besondern Namen sie auch vorkommen möchten, darunter begriffen seyen,

Demnächst 3) diese Bedeutung in dem in Frage stehenden §. 47. desto zuverlässiger zum Grunde liegt, als in den Worten: 7

quae itidem fundationes d. 1. Ian. A. 1624. in possessione vel quasi iuris decimandi e bonis noualibus in alieno territorio fuerunt, sint etiam in posterum: nihil autem noui iuris quaeratur

die fundationes als das Subject, mithin als die Stifter, welche im Besitze des Noval-Zehentrechts in dem Entscheidungs-Jahre gestanden, angeführt sind, folglich hier nicht die ausgegangene, secularisirte und veränderte Stiftung als das Object, in Ansehung dessen das Zehntrecht besessen wird, angedeutet seyn kann, weil diese in possessione vel quasi iuris decimandi nicht weiter gestanden, weshalb schon der gelehrte Commentator des Westphälischen Friedensschlusses, Henniges, diese Stelle sehr richtig erklärt, wenn er bemerkt: dicuntur hic fundationes in possessione esse, sed subiectiue, vt intelligantur fundationum possessores, i. e. societates illae et conuentus sacri, quorum causa institutae fundationes sunt,

in Medit. ad Instr. Pac. Westph. art. V. §. 47. lit. p.

Noch mehr 4) diese Bedeutung durch die ganze Absicht der in dem §. 46. und 47. enthaltenen Verordnung bestätigt wird, indem darin von den Besitzern der Kirchen-Einkünfte und Zehnten, welche theils evangelische Landesherrn wegen der eingezogenen Stifter, theils die Stifter selbst seyn können, geordnet, und namentlich im §. 46. von den decimis, quae statibus A. C. ob immediatas vel mediatas fundationes ecclesiasticas ante et post pacem religiosam acquisitas, e Catholicorum prouinciis debentur, gehandelt, und hinwiederum im §. 47. von den Stiftern die in dem Besitze des Zehntrechts und anderer kirchlicher Renten in einem fremden Gebiete gewesen, ein gleiches verfügt wird; 8

überdem 5) die Verhandlungen, welche über diesen Punct des Friedensschlusses unter den hohen Transigenten vorgefallen sind, klar ergeben, daß von den Stiftern und Clöstern, welche in dem Besitze der aus fremden Gebieten zu erhebenden Zinsen, Renten und Zehnten gestanden die Rede gewesen, wie der zu diesem §. 47. vorgeschlagene Entwurf, in 9

Mei-

Meiern Actis Pac. Westph. tom. 2. p. 568. n. 4.

deutlich zu erkennen gibt, als welcher enthält:

> wenn ein Stift oder Closter A. 1618 (als in dem noch damals in Vorschlag gekommenen anno normali) sich in possessione vel quasi befunden in einem andern territorio — — Zehnten zu fordern, soll solches dabey verbleiben: welche Stift, Clöster und Geistliche aber 1618 Noval-Zehnten nicht in Uebung gebracht, sollen es hinführo auch nicht begehren.

wie denn auch die sämmtlichen Verhandlungen, welche bey Gelegenheit des Westphälischen Friedens über die aus fremdem Gebiete zu erhebenden Renten und Zehnten gepflogen worden, und welche

> Joh. Christ. Majer in den Erläuterungen des Westphälischen Friedens über geistliche Mediat-Stifter und deren in- und ausländische Renten im 2ten Abschn. S. 43. bis 142.

in ihrem ganzen Zusammenhange aufgestellt hat, überzeugend erhärten, daß die Verhandlungen auf welche die Verordnung des §. 46 und 47 des Westphälischen Friedens gegründet ist, durch die evangelischen Stifter, welche in dem Besitze der Einkünfte und Zehnten in auswärtigen Gebieten gewesen, theils die catholischen Stifter, welche in deren Besitze ebenfalls in auswärtigen Gebiete gestanden veranlaßt worden sind und selbige zum Gegenstand gehabt haben,

10 Solchem allem zu Folge 6) das Collegiatstift zum alten Peter zu Strasburg, als diejenige Fundation anzusehen ist, welche in der possessione vel quasi steht, den Zehnten zu Hatten, in dem Hanau-Lichtenbergischen Gebiete zu erheben, folglich dieses gerade der Fall ist, in welchem das auswärtige Stift oder die Fundation nach der gesetzlichen Bestimmung des vorgedachten Art. V. §. 47. des Westphälischen Friedens keinen Anspruch an den Noval-Zehnten machen kann, weil es nicht auch in dem Entscheidungs-Jahre in dessen Besitze gestanden;

11 daraus aber 7) die vorangeführten Zweifel sich erledigen, immaßen a) wenn auch das Wort fundatio in mehrern Bedeutungen gebraucht werden kann, dennoch diejenige, welche durch den Zusammenhang und durch das beygefügte Prädicat bestimmt wird, jederzeit die richtige ist, folglich wenn in einer Verordnung, wie dieses in dem Westphälischen Friedensschlusse geschehen ist, von dem Besitze und von den Rechten der Fundationen, besonders in numero plurali, die Rede ist, die Fundationen, als Stifter und als das Subject bezeichnet werden, von deren Besitze und Rechte geordnet worden;

Sodann b) die Pfarrkirche zu Hatten in keinem Betrachte in dem gegenwärtigen Falle eine Fundation genannt werden kann, indem Berthold von Ochsenstein, Großdechant zu Strasburg, das Patronat- und das Zehnt-Recht welches er an der Kirche zu Hatten gehabt hat, dem Stifte Honau geschenkt hat, dieses aber nachher an das Stift zum alten Peter zu Strasburg per vnionem gekommen ist, mithin der Kirche

zu

zu Hatten, als einer Pfarrkirche, dieses Recht nie zugehört hat, sondern jene Stifter diejenigen fundationes sind, denen diese Gerechtsame Behuf der Kirche zu Hatten sind zugeeignet worden;

Solchem zu Folge auch c) das Stift zum alten Peter zu Strasburg das Zehntrecht selbst in dem Hanau-Lichtenbergischen territorio von Alters her erlanget, und dessen nicht bestrittenen Besitz hergebracht hat, hergegen dasselbe in der possessione vel quasi des Noval-Zehntens vor dem in alieno territorio belegenen Ort Hatten niemahls, am wenigsten in dem Entscheidungs-Jahre gestanden, gleichwohl dies der Umstand ist, worauf allein nach dem §. 47. art. V. Instr. Pac. Westph. es ankömmt; 12

Folglich wenn ferner auch d) gedachtes Stift zu Strasburg die Eigenschaft eines sogenannten in iure canonico unbekannten parochi primitiui sich zueignen zu können, vermeint, dennoch ein parochus primitiuus nur derjenige genannt wird, qui iure beneficii vel praelaturae vnitam habet ecclesiam parochialem, cuius curam vicario presbytero confert, retentis sibi temporalibus, 13

> *Espenius* in tract. de iure parochorum in decimas et oblat. c. 1. §. 9. in tom. 2. Oper. nov. edit. p. 781.

und in diesem Sinne zwar gedachtes auswärtiges Stift das Patronatrecht und das Recht einen Vicarius zu Hatten zu halten vordem wohl ausgeübt haben mag, die temporalia aber, nemlich das Zehntrecht zu Hatten selbst für sich behalten hat,

und daher e) gedachtes Stift nach der im 16ten Jahrhunderte erfolgten Religions-Veränderung das Patronat und das Recht einen Vicarius zu Hatten anzusetzen, verlohren, und in dem Entscheidungsjahre nur allein in der possessione vel quasi des Zehntrechts zu Hatten geblieben ist, folglich dasselbe gerade die Eigenschaft einer auswärtigen Fundation hat, wie sie in dem §. 47. bestimmt ist, und welche ohne einen Besitz des Noval-Zehntens in gedachtem Jahre gehabt zu haben keinen Anspruch an den Noval-Zehnten in fremden territoriis machen kann,

solchemnach f) darauf, ob ein parochus primitiuus ein Recht zu dem Noval-Zehnten überhaupt sich zueignen könne, es überall nicht ankömmt, da ohnedem schon durch viele Schlüsse der Parlamenter gegen die Capitel und Klöster, welche sich solche zuzueignen gesucht, erkannt, und die Noval-Zehnten ihnen abgesprochen worden sind, wie dergleichen 14

> *Espenius* l. c. §. 10. p. 782.
> *Carol. Fevret* in tr. de appellatione tamquam ab abusu lib. 6. c. 1.

angeführet hat;

Als sind wir solchem allem nach der rechtlichen Meinung:

daß der Ausdruck fundationes im Westphälischen Frieden und besonders in dem angezogenen §. 47. des 5ten Artikels in der subjectiven Bedeutung dieje- 15

nigen Stifter, welche in dem Besitze des Zehntens in dem Entscheidungs-Jahre gestanden, nach der rechtlichen Auslegung bezeichnet, mithin in dem gegenwärtigen Falle das Stift zum alten St. Peter zu Strasburg für eine solche auswärtige Fundation zu halten, welcher nach dem wahren Sinne des Westphälischen Friedens, da dasselbe in dem Entscheidungs-Jahre in der possessione vel quasi eines Noval-Zehntens bey dem im Hanau-Lichtenbergischen territorio inne gehabten Zehnten zu Hatten nicht gewesen, ein gegründeter Anspruch auf den Noval-Zehnten daselbst nicht zustehe. 1786.

Num. 161.

Num. 161.

DECISIO.

THEMA GENERALE.

Consensus matris in nuptias liberorum non desideratur.

ARGUMENTA SPECIALIA.

Decisio. n. 1.

Rationes dubitandi.

Consensus matris in nuptias liberorum opus est ob reuerentiam ei debitam. n. 2.

Imprimis si filius adhuc in domo matris est. n. 3.

Rationes decidendi.

Iure communi matrimonia liberorum ad consensum maternum adstricta non sunt. n. 4.

Ius educandi et reuerentia matri debita supra naturales limites non extendenda. n. 5. 6.

Filius qui maternum consensum ex pietate quaerit, ius dissentiendi eius non agnoscit. n. 7.

Urtheil.

Auf eingewandte Supplication u. s. w. wird für Recht erkannt:

Daß der eingewandten Supplication ungeachtet es bey dem unterm 4ten Sept. 1762 eröffneten Bescheide lediglich zu lassen. V. R. w. 1

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe.

Ob wohl verschiedene Rechtslehrer der Meinung sind, daß zum Rechtsbestande eines Eheverlöbnisses die mütterliche Einwilligung erfordert werde, und dieses insonderheit nach dem Natur-Rechte und aus dem Grunde der der Mutter sowohl als dem Vater schuldigen Achtung und aus dem derselben zustehenden imperio domestico zu behaupten seyn dürfte, 2

Lauterbach in coll. th. pr. lib. 23. tit. 2. §. 33.
Leyser spec. 291. m. 6.
Carpzov iurispr. consist. lib. 2. def. 44.

hiebey auch, weil diese der Mutter gebührende Achtung und der ihr schuldige Gehorsam immerdauernd ist, weder auf die Majorennität der Kinder noch auf ihren Stand und ihr etwa führendes Amt einige Rücksicht zu nehmen zu seyn scheint, und deswegen das

von dem Supplicaten ohne seiner Mutter Einwilligung eingegangene Eheverlöbniß für gültig, so wohl nach den gemeinen Rechten als auch nach der Fürstlich-Hanauischen Hof- und Ehegerichtsordnung §. 209. nicht zu achten seyn möchte;

3 Bevorab da Supplicat zur Zeit des geschlossenen Verlöbnisses in der Supplicantin Hause und bey ihr in Kost gestanden, derselbe auch das Verlöbniß unter vorbehaltener mütterlicher Einwilligung geschlossen, und hiedurch sowohl, als auch dadurch, daß er auf die gerichtliche Ersetzung des mütterlichen Consenses Klage erhoben, die Nothwendigkeit desselben auf eine thätige Weise anerkannt zu haben und deshalb der Supplicantin Beschwerde nicht unerheblich und sie zur Ausführung und zum Beweis der von ihr vorgeschützten Gründe der von ihr geweigerten Einwilligung zuzulassen zu seyn scheinet,

4 D. a. u. d. es an einer gesetzlichen Verordnung des gemeinen Rechts, nach welcher die mütterliche Einwilligung zur Gültigkeit eines Eheverlöbnisses erfordert wird, 5 mangelt, und dasjenige, was von einigen Rechtslehrern in Ermangelung besonderer Landes-Gesetze aus Rechtsgründen angeführet und aus dem Erziehungsrecht, welches der Mutter gebühret und aus dem damit verknüpften imperio domestico hergeleitet wird, nur höchstens bey den noch unter der Erziehung stehenden Kindern einige Anwendung haben mag, hergegen bey Kindern, die wegen ihrer Volljährigkeit und vermöge ihres Amts und Würden in der mütterlichen Erziehung nicht mehr stehen können, alle Anwendung um so mehr verliehrt, als hiebey es nicht auf einen modum tollendi patriam potestatem, sondern auf die lediglich von der Natur der Sache abhängende Beendigung des der Mutter zukommenden Erziehungs-Rechts ankommt, hingegen dasjenige was aus einer der Mutter beständig gebührenden Ehrerbietung hergeleitet wird, auch innerhalb den Gränzen und Eigenschaften derselben zu betrachten ist, und zur Begründung einer rechtlichen Befugniß ein Eheverlöbniß der Kinder zu hindern und anzufechten, nicht angeführt werden mag; liberati enim a parentum potestate ad consensum parentum in sponsalibus non adstringuntur.

Boehmer in I. Eccl. Prot. lib. IV. tit. 2. §. 13.

et matris consensus tantum requiritur quousque sponsa est sub eius arbitrio

Stryk ad *Brunnemann* ius eccles. lib. 2. tit. 16. §. 12.

6 Solchemnach da Supplicat so wohl zu seiner Volljährigkeit gelangt ist als auch in einem öffentlichen Amte stehet, der Supplicantin an einer rechtlichen Befugniß es fehlet, das von ihm geschlossene Eheverlöbniß durch ihren dissensum zu hindern und anzufechten, und der Umstand daß Supplicat zur Zeit des Verlöbnisses von ihrem Hause und Tisch noch nicht getrennet gewesen sey, derselben keine von dem Erziehungsrechte abhängende Befugniß gibt,

7 Diesem auch nicht entgegensteht, daß Supplicat bey seiner Verlobung die mütterliche Einwilligung vorbehalten und nach derselben auch gerichtlich darum angesucht hat, indem derselbe darin eine ex reuerentia herrührende Pflicht beobachtet hat, solche

aber

aber über deren Grenzen von der Mutter nicht ausgedehnet werden kann, und das gerichtliche Ansuchen die Natur und Eigenschaft desjenigen, warum es geschieht, nicht verändert,

Endlich die fürstliche Hofordnung §. 209 nur auf die gemeinen Rechte sich beziehet, und der in dem §. 210 vorgeschriebene modus contrahendi sponsalia auf personas honoratiores so den Untergerichten nicht unterworfen sind, nicht geht,

Solchemnach und da der Supplicantin Einwilligung zum Rechtsbestande des von dem Supplicaten geschlossenen Eheverlöbnisses den Rechten nach nicht erforderlich ist, die Erörterung und der Beweis der angeführten und an sich auch unerheblichen Gründe ihrer Verweigerung unstatthaft und unnöthig ist.

Als sind wir wie geschehen zu erkennen und das vorige Urtheil zu bestätigen bewogen worden. 1763.

Num. 162.

RESPONSVM.

THEMATA GENERALIA.

I. De effectu praeclusionis.

II. De cedente ad praestandam veritatem non bonitatem pignoris cessi obligato.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Species facti. n. 1.
Quaestio prima. n. 2.

Rationes dubitandi.

Creditores qui edictaliter ad liquidanda credita citati sunt, sed non comparuerunt et praeclusi sunt ius pignoris amittunt. n. 3.

Idque tam creditoribus qui ad profitendum apparuerunt, quam debitori proficuum est. n. 4.

Donatarius ob debita donantis conueniri nequit. n. 5.

Rationes decidendi.

Creditori ex pluribus rebus iure hypothecae sibi obligatis ius eligendi competit. n. 6.

Hypotheca euicta ad praestationem eius quod interest creditor agere potest. n. 7.

Creditori qui ob pignus sibi traditum se securum putat, non nocet si in termino liquidationis emanet. n. 8.

Si citatio creditorum non in casu alienationis sed modo eo fine facta est, vt possessor de oneribus fundi certior fiat, praeclusio amissionem iuris non efficit. n. 8. 9. 10.

Nisi iusta caussa adsit, nemo inuitus ad agendum cogi potest est enim exactio debitorum ius liberum. n. 11.

Citatio creditorum in concursu ab ea quae in processu explorationis emittitur longe differt. n. 12.

Creditores moto concursu citati, et praeclusi, a concursu modo excluduntur ceterum eorum ius saluum manet. n. 13.

Idem multo magis locum habet si conuocatio creditorum modo explorationis caussa facta sit. n. 14.

Debitor qui se obaeratum scit et omnia bona alienat animi fraudandi creditores se suspectum reddit. n. 15.

Actio hypothecaria competit contra possidentem. n. 16.

Creditor hypothecarius ad conuocationem creditorum, vt constet quis potiore iure gaudeat, legitimatus est. n. 17.

Quaestionis decisio. n. 18.
Quaestio secunda. n. 19.

Rationes dubitandi.

Veritas iuris pignoris desiderat vt res in quo competit fuerit debitoris propria. n. 20.

Cedens qui scit pignus cessum alienum esse ex dolo tenetur. n. 21.

Litis denunciatione omissa auctor de euictione non tenetur. n. 22.

Actio ad euictionis praestationem tendens per praescriptionem longissimi temporis amittitur. n. 23.

Rationes decidendi.

In casu proposito nomina cessa pro re principa-
lis

Rechtliches Bedenken.

Als uns eine Geschichtserzählung zugefertiget, und darüber unsere in den Rechten gegründete Meinung gefordert worden; demnach erachten wir nach fleissiger deren Verlesung und collegialisch gepflogener Erwägung den Rechten gemäß zu seyn:

Ist das adeliche Haus und Gut Loen sammt Zubehör im vorigen Jahrhunderte nach Absterben Johann Ignatz von Loen auf die mit dessen zweyter Gemahlin und nachgelassenen Wittwe einer gebohrnen von Mumme erzeugten Söhne und Töchter vermöge eines mit den Söhnen erster Ehe im Jahre 1686 getroffenen Vergleiches gefallen, und nach unbeerbtem Absterben bemerkter Kinder zweyter Ehe im Jahre 1704 durch ein Testament auf die Mutter dieser Kinder, welche wiederum an Ernst Lutter von Rehmen verehelicht gewesen ist, und sodann von dieser auf die aus dieser Ehe gebohrne Tochter, Anne Eleonore von Rehmen, nachher vermählte von Knoppert, gebracht, welche denn als Wittwe bis zu ihrem im Jahre 1771 erfolgten Absterben dies Gut besessen hat, 1

Gleichwohl hat es sich hiernächst ergeben, daß dasselbe vermöge einer sogenannten Machtscheidung vom Jahre 1612 und eines Erbvertrages vom 30ten Sept. 1660 ein Geschlechts- und Fideicommiß-Gut der von Loen gewesen ist, worin die Erbfolge nach dem Rechte der Erstgeburt in der ältern, und nach deren Ausgange in der jüngern Linie bestimmt, und alle Veräusserung aus dem Geschlechte untersagt worden ist,

Da indessen die wahre Beschaffenheit dieses Gutes öffentlich nicht bekannt gewesen, haben die Dechanten des Capitels ad St. Mauritium als executores fundationis weiland Rudolfs von der Tinnen, sich bewegen lassen, den damaligen Besitzern des Gutes Loen sowohl einige Capitale auf dies Gut vorzuleihen, als auch verschiedene auf selbiges versicherte Forderungen mittelst Cession an sich zu bringen,

Immittelst hat bey mehreren Schulden, welche von den vorgedachten Besitzern des adelichen Guts Loen von Zeit zu Zeit gemacht worden sind, weiland von Knoppert in seinem Namen und Namens seiner Ehegattin Anne Eleonore von Rehmen sich gemüssiget gesehen, in Ansehung des ihnen eigenthümlichen adelichen Guts Holtwick, bey dem hochfürstlich geistlichen Hof- und Officialat-Gerichte um explorationem one-

rum

rum nachzusuchen, und im Jahre 1724 eine Edictal-Citation an alle und jede Gläubiger, welche aus diesem Gute ihre Befriedigung zu suchen hätten, auszuwirken, und sie öffentlich und unter der Verwarnung, daß ihnen sonst ein ewiges Stillschweigen auferlegt werden würde, ad liquidandum vorladen zu lassen, und ist nach erfolgter Liquidation ein Locations-Urtheil im Jahre 1727 ergangen, worin zugleich diejenigen Gläubiger, welche ihre Forderungen nicht angegeben, von diesem Concurse abgewiesen sind;

Bey diesem ersten Explorations-Processe hat das hochlöbliche Executorium weiland Rudolfs von Tinnen mit seinen Forderungen sich deshalb nicht gemeldet, weil diese nicht nur durch eine General-Hypothek, sondern auch noch durch eine Special-Hypothek auf das adeliche Gut Loen besonders versichert gewesen sind,

Nachdem ferner gedachter von Knoppert nebst dessen Ehegattin im Jahre 1734 auch in Ansehung des adelichen Guts Loen welches sie für das Ihrige gehalten haben eine explorationem onerum bey den hochfürstlichem Hof- und Officialat-Gerichte auf gleiche Art anstellen lassen, hat gedachtes Executorium die Forderungen, welche dasselbe theils in eignem Namen gehabt, theils mittelst geschehener Cessionen erlangt hat, auf die ergangene Edictal-Citation liquidirt, und ist selbiges in dem darauf in dem Jahre 1738 ergangenen Erstigkeits-Urtheile mit einer starken Anzahl liquidirter Forderungen angesetzt worden, und hat dasselbe deshalb die Einkünfte des Guts Loen verschiedene Jahre hindurch bezogen;

Als indessen die ältere Linie des Geschlechts von Loen bis auf den letzten Agnaten, den General-Major Johann Bernhard von Loen ausgestorben, und dieser die ihm zustehenden Rechte der Erbfolge und der ihm aus der Erstgeburts-Ordnung zukommenden Vortheile zu Gunsten eines in der jüngeren Linie lebenden Agnaten Franz Joachim von Loen im Jahre 1764 refutirt hat; hat dieser das adeliche Gut Loen vor dem geistlichen Hof- und Officialat-Gerichte im Jahre 1771 in Anspruch genommen, und eine Vindications-Klage wider die Wittwe von Knoppert, und nach deren Absterben wider den von ihr eingesetzten Testaments-Erben Hauptmann von Plettenberg, und zugleich wider das Executorium weiland Rudolfs von der Tinnen angestellt, und soviel ausgeführt, daß vermöge eines Urtheils vom 15ten März 1782 das Gut Loen für ein wahrhaftes Familien- auch altväterliches Stock- und Stammgut erklärt, auch das beklagte Executorium die davon bis jetzt erhobenen Einkünfte und Gefälle dem Kläger zu überlassen, weniger nicht die von Zeit der Einlassung gezogenen Nutzungen demselben wieder zu erstatten schuldig erkannt, dabey jedoch dem executorio der von Tinnischen Fundation der Regreß gegen die Verlassenschaft der von Knoppert vorbehalten ist;

Da nach eingewandter Appellation an das kaiserliche Reichs-Cammergericht die processus appellatorii abgeschlagen worden, hat gedachtes Executorium zur Befolgung des rechtskräftigen Urtheils sich mit klagendem Franz Joachim von Loen dahin verglichen, daß es das Haus und Gut Loen nebst Zubehör demselben abgetreten, auch in Anse-

Ansehung der erhobenen Nutzungen sich mit ihm dergestalt abgefunden hat, daß es ihm alle Forderungen einschließlich bis zum 30ten Sept. 1660 sammt den Cessions- und Immissions-Urkunden ohne Gewährleistung abgetreten, und noch 850 Thlr. baar ausgezahlt, nicht minder auf eine auf das Gut Busch habende Capital-Forderung von 250 Thlr. und auf die davon rückständigen Zinsen Verzicht gethan hat,

Nächst diesem hat die verwittwete von Knoppert das Gut Holtwick ihrem Vetter dem Hauptmanne Friederich Wilhelm von Plettenberg durch eine Handlung unter den Lebenden im Jahre 1767 geschenkt, nicht minder denselben vermittelst eines den 10. Nov. 1771 errichteten Testaments zu ihrem Universal-Erben eingesetzt, und derselbe hat auch nach deren Absterben diese Erbschaft sub beneficio legis et inuentarii angetreten;

Es haben ferner die Gläubiger, welche vermöge des im Jahre 1727 und 1728 ergangenen Explorations-Urtheils die Befriedigung ihrer Forderungen aus dem Gute Holtwick zu gewärtigen, und dessen Einkünfte zum Theil gezogen haben, bis anhero noch nicht abgerechnet, und sind diese bereits durch einige ertheilte mandata ad liquidandum et respondendum de perceptis wiewohl noch zur Zeit ohne Wirkung angewiesen worden;

Bey dieser Lage der Sache entstehen folgende Fragen.

Erste Frage:

Ob das hochlöbliche Executorium weiland Rudolfs von Tinnen nach der vermöge rechtskräftigen Urtheils erkannten und geleisteten Abtretung des adelichen Gutes Loen, noch für berechtiget zu halten, die liquidirten und seit dem 30ten Sept. 1660 erwachsenen Forderungen an Capital und Zinsen, wie auch eine Entschädigung wegen der wiederum abgetretenen Nutzungen des Gutes Loen und wegen der darauf verwandten Proceßkosten, aus der von Knoppertschen Verlassenschaft gegen den eingesetzten Universalerben, Friederich Wilhelm von Plettenberg einzuklagen, und besonders ihre Befriedigung aus dem Gute Holtwick zu suchen? 2

Ob nun wohl 1) bey dieser Frage es nicht bloß auf eine persönliche Regreß-Forderung, sondern in Erwägung dessen, daß ein Haupttheil der von Knoppertschen Verlassenschaft in dem Gute Holtwick besteht, es darauf zugleich ankömmt, ob das Executorium Rudolfs von Tinnen, das ihm an diesem Gute aus der General-Hypothek zustehende Recht, wodurch sowohl die von demselben selbst contrahirten, als auch ex iure cesso erlangten Forderungen versichert worden sind, mit Bestande noch geltend zu machen vermag; 3

und hieben 2) dieser Anstand erwächst, daß auf Ansuchen der Ehegattin des von Knoppert bereits im Jahre 1724 eine exploratio onerum in Ansehung des Gutes Holtwick in dem Maasse angestellt ist, daß sämmtliche Gläubiger, welche wegen habender Forderungen daraus befriediget zu werden suchten, durch 5 erlassene Edictal-Citatio-

nen, unter Verwarnung eines sonst aufzulegenden Stillschweigens zur Liquidation der Forderungen vorgeladen sind, auch darauf diejenigen Gläubiger, welche ihre Forderungen angegeben haben, in dem im Jahre 1727 ergangenen Locations-Urtheil und in dessen im Jahre 1728 erfolgten Nachtrage damit angesetzt, hergegen den Gläubigern, die sich nicht gemeldet, ein beständiges Stillschweigen rechtskräftig auferleget worden;

Mithin da 3) das von Tinnische Executorium die habenden Forderungen bey diesem Explorations-Processe nicht angegeben hat, demselben das Ausschliessungs-Decret nunmehr entgegen stehen möchte, indem die Rechte in dem Falle, daß die öffentlich vorgeladenen Gläubiger bey der Veräusserung eines mit einem Pfandrechte belegten Grundstücks sich nicht gemeldet haben, wegen einer gleichsam stillschweigend geschehenen Erlassung desselben selbiges für verlohren erklären,

L. 6. L. 8. C. de remissione pignoris.

und hierin billig die völlig gleiche Wirkung eines Präclusiv-Bescheides gesetzt wird;

4 Hieraus aber 4) nicht bloß den Mitgläubigern die sich bey dem Explorations-Processe gemeldet haben, sondern auch dem Schuldner, welcher um Vorladung seiner Gläubiger nachgesucht hat, ein Recht und eine beständige Einrede gegen jeden fernern Anspruch der nicht erschienenen Gläubiger erwachsen zu seyn scheint, indem verschiedene Rechtslehrer bey dem Concurs-Processe behaupten, quod creditores, qui, orto concursu, edictaliter citati, non comparuerunt, in poenam exclusionis incidant,

Engau P. 2. dec. 158. n. 1.

et quod creditor, qui sibi in concursu creditorum perpetuum silentium imponi patitur, etiam actionem personalem contra debitorem ipsum amittat,

Leyser spec. 490. med. 1.

5 Ueberdem 5) der Hauptmann von Plettenberg, als von Knoppertscher Erbe, gegen einen an das Gut Holtwick zu machenden Anspruch sich damit schützen dürfte, daß er gedachtes Gut nicht als Erbe, sondern vermöge der von der Wittwe von Knoppert im Jahre 1767 gerichtlich errichteten Schenkung unter Lebenden besitze, und also dasselbe zu der Erbschaft nicht gehöre, derselbe auch als successor singularis in solchem Gute mit keiner hypothecarischen Forderung, weil solche nach ergangenem Präclusiv-Bescheide für erloschen anzusehen sey, belangt werden könne;

6 Dennoch aber und dieweil 1) die in Frage stehenden Capitalien und rückständigen Zinsen, welche das Executorium weiland Rudolfs von Tinnen an die von Knoppertsche Verlasserschaft zu fordern hat, auf judicatmäßiger Richtigkeit beruhen;

indem 1) selbige bey der zweyten auf Ansuchen der von Knoppert in Ansehung des Gutes Loen im Jahre 1734 ausgebrachten exploratione onerum liquidirt, gerichtlich anerkannt, und in dem Classifications-Urtheile vom 29ten März 1738 angesetzt sind, auch gedachtes Executorium behuf deren Befriedigung bereits in den Genuß der Einkünfte des Gutes Loen eingesetzt worden ist,

daß

daß aber 2) die von Knoppert und deren Vorfahren das Gut Loen, ungeachtet es ihnen als ein unwiderrufliches Eigenthum nicht zugestanden, zur Hypothek verschrieben ist, solches vorgedachtem Executorium auf keine Weise zum Nachtheile gereichen kann, da demselben eines Theils eben sowohl die persönliche Forderung auf Capital und Zinsen, als auch das damit verknüpfte und auf das sämmtliche Vermögen der Schuldner verschriebene Unterpfands=Recht ungekränkt, und daher die Befugniß, daraus die Befriedigung zu suchen, unbenommen geblieben ist, cum creditori ex pluribus rebus, hypothecae iure sibi obligatis, ius eligendi et ius variandi competat intuitu rei ex qua sibi satisfieri cupiat,

L. 2. C. de pign. et hypoth.
Mevius P. 7. dec. 183.

andern Theils dasselbe in Ansehung des durch die Verpfändung des entwehrten Gutes Loen erlittenen Schadens und wegen der auferlegten Erstattung der aus dem Pfandgute gezogenen Nutzungen und verursachten vieljährigen Proceß=Kosten berechtigt ist die Entschädigung von den von Knoppert und deren Universalerben zu fordern,

L. 54. D. de fideiussor.
Schilter in pr. iur. Rom. exerc. 26. §. vlt.

Solchem allem nach auch dem Executorium die Erholung an der von Knoppertschen Verlassenschaft in dem Urtheile vom 15ten März 1782 mit vollem Grunde vorbehalten worden ist,

Dasselbe auch II) zu solchem Behufe kraft der in den Obligationen bestellten General=Hypothek an das darunter begriffene Gut Holtwick eben sowohl, als an die übrige von Knoppertsche Verlassenschaft, sich zu halten befugt ist; 8

immaßen wenn gleich 1) dasselbe bey der im Jahre 1724 dieses Guts halber ausgebrachten exploratione onerum sich nicht gemeldet hat, dennoch dieses aus keiner andern Absicht geschehen ist, als weil es wegen seiner Forderungen an dem andern Gute Loen hinlängliche Sicherheit zu haben vermeint hat und die Eheleute von Knoppert durch die fortgesetzte Berichtigung der Zinsen die Forderungen des Executoriums beständig anerkannt haben,

zumahl da diese exploratio onerum auch 2) bloß auf die Erforschung der auf dem Gute Holtwick haftenden Schulden und auf die aus dessen jährlichen Aufkünften zu bewirkende Befriedigung der Gläubiger, nicht aber auf dessen Veräusserung, als welche die von Knoppert bey deren Auswirkung überall nicht gesucht haben, gerichtet gewesen ist; folglich das bey diesem Explorations=Verfahren in dem Urtheile vom Jahre 1727 erkannte, und den sich nicht gemeldeten Gläubigern auferlegte beständige Stillschweigen weiter nicht, als die Natur dieser Exploration es leidet, mithin nur dahin wirksam seyn kann, daß die Gläubiger, die sich dabey gemeldet, und in die Einkünfte des Gutes Holtwick die Immission erlanget, daraus ihre vorzügliche Befriedigung zu erlangen berechtigt, und in so weit die Gläubiger, welche sich nicht ge- 9

meldet haben, so lange als das Recht jener noch gedauert hat, ausgeschlossen worden sind,

9 Hingegen 3) eine solche erkannte Ausschliessung von der Wirkung nicht seyn kann, daß denjenigen Gläubigern, welchen eine General- oder Special-Hypothek auf der Substanz dieses Gutes zugestanden, ihr gültiger Weise erworbenes Recht entzogen werden sollte, da selbiges immerfort in dem Eigenthume der von Knoppert geblieben, diese auch die dem Executorium zu berichtigenden Schulden nach wie vor durch die Erlegung der jährlich gebührenden Zinsen anerkannt, und dieses nie eine Gesinnung, das daran habende Pfandrecht zu erlassen, zu erkennen gegeben haben, noch auch dazu schuldig gewesen ist,

10 Wohlerwogen 4) nur in dem Falle, wenn ein Grundstück veräussert werden soll, die öffentliche Vorladung derjenigen, die daran ein Pfandrecht haben oder zu haben vermeinen, die rechtliche Wirkung erlangt, daß diejenigen Gläubiger, welche, ohne sich zu melden, die Veräusserung geschehen lassen, das Pfandrecht deshalb verliehren, weil ihr Stillschweigen pro tacita remissione pignoris gehalten, und darin in

L. 6. L. 8. C. de remiss. pignor.

der Grund des Verlustes des Pfandrechtes an dem veräusserten Grundstücke gesetzet wird; tria haec enim ponit cit. lex: 1) quod de alienatione rei oppignoratae agatur, 2) quod proclamate creditores citati et moniti sint, 3) et praesentes ius executi non sint;

Mevius P. 4. dec. 281. n. 4.

11 Wohlfolglich 5) in dem gegenwärtigen Falle, da die im Jahre 1724 ausgebrachte Exploration auf die Veräusserung des Gutes Holtwick überall nicht gerichtet gewesen ist, der Hauptgrund wegfällt, aus welchem ein nicht angegebenes Pfandrecht für stillschweigend erlassen, und durch das ergangene Urtheil für ausgeschlossen gehalten werden kann, indem die auf ergangene Edictal-Citation sich nicht meldenden Gläubiger nicht sowohl durch das richterliche Ausschliessungs-Decret, sondern durch die dabey der rechtlichen Vermuthung nach zum Grunde liegende stillschweigende Erlassung des Pfandrechts, für ausgeschlossen gehalten werden können, in mehrerem Betrachte daß bey den sich nicht meldenden Gläubigern eine contumacia um so weniger zum Grunde gelegt werden kann, als die Befugniß seine Forderung einzuklagen, auf natürlicher und rechtlicher Freyheit beruhet;

L. vn. C. vt nemo inuitus agere cogatur,

folglich auch niemand durch ein gerichtliches Decret unter Verwarnung eines beständigen Stillschweigens zum Klagen genöthiget werden kann, wenn dazu nicht eine in den Rechten gegründete Ursache zum Grunde gelegt werden kann, nam decretum iudicis praeclusiuum forte insecutum ad excludendos creditores non sufficit: neque enim iudex praecludendo adimere hypothecam suam cuiquam potest, sed omnis ratio amissae hypothecae in tacita remissione creditoris secundum L. 6. et 8. C. de remissione pign. continetur

de

de Pufendorf obs. iur. tom. 1. obs. 131. §. 3.

Und dann schon in diesem Betrachte 6) von einem Präclusiv-Bescheide, welcher ben einem wirklichen concursu creditorum erlassen wird, keine Folge auf den Explorations-Proceß gezogen werden kann, weil in jenem sämmtliche Güter des Gemein-Schuldners zur Befriedigung der Gläubiger zur Veräusserung gebracht werden, und deshalb von allen Gläubigern, die sich auf die öffentliche Ladung nicht gemeldet haben, behauptet werden kann, daß sie ihrem an solchen Gütern gehabtem Rechte nach den vorangeführten Gründen des gemeinen Rechts, sofern sie nur von einer solchen Vorladung Wissenschaft haben können, stillschweigends entsagt haben; solches aber bey dem Explorations-Processe keine Anwendung leidet, indem dessen Absicht nicht auf die Veräusserung des Grundstücks, sondern auf die Ausforschung sämmtlicher darauf haftender Schulden, und auf die Art und Weise geht, wie sich die Gläubiger mit dem Schuldner der Befriedigung halber vergleichen mögen, wie solches in dem gegenwärtigen Falle durch die Anweisung auf die Einkünfte des Gutes Holtwick geschehen ist; 12

Ueberdem 7) selbst bey dem Concurs-Processe aus Gründen des gemeinen Rechtes sich behaupten läßt, daß durch den Ausschliessungs-Bescheid, die Gläubiger, welche sich bey dem Concurse nicht gemeldet haben, nur wegen ihrer in dem Concurse zu suchenden Befriedigung für abgewiesen anzusehen sind, hingegen ihnen ihr Recht an dem Vermögen des Gemein-Schuldners, so viel dieser gerettet oder sonst acquirirt hat, ungekränkt verbleibt; non enim ita penitus actione excidunt creditores, sed tantum quoad bona, concursui huic subiecta, excluduntur: hinc non pronunciatur, daß diejenigen Creditoren, so zeithero ihre liquidationes nicht ad acta gebracht, ihrer Anforderung gänzlich verlustig, sed ita: daß sie von diesem concursu gänzlich abzuweisen; remanet ergo ipsis salua actio contra debitorem si postea forsitan ad meliorem fortunam peruenerit, 13

Stryk in not. ad *Brunnemanni* tr. de proc. conc. creditor. c. 3. §. 11.

wie dann auch Leyser in der oben angeführten Stelle diese von Stryk behauptete Meinung den Rechten für angemessen erkennet;

Leyser spec. 490. med. 1. in f.

Solchem zu Folge 8) auch derjenige, welcher bey einem Explorations-Processe sich nicht gemeldet hat, durch den Bescheid, wodurch ihm ein beständiges Stillschweigen auferlegt ist, mit seiner Forderung von diesem Processe und gegen die dabey interessirten Gläubiger ausgeschlossen wird, jedoch ein solches Erkenntniß den Rechten nach weiter nicht wirksam seyn kann, folglich demselben in Ansehung seiner Personal- und Real Forderungen nicht entgegensteht, da die Güter deren Schulden in Untersuchung gezogen sind, nicht zur Veräusserung gebracht sind, und die daran sonst erworbenen Rechte keinem entzogen werden können; 14

Demnächst 9) dem obgenannten Executorium bey seiner aus dem Gute Holtwick zu suchenden Befriedigung eben so wenig entgegensteht, daß die Gemein-Schuldnerin, 15

 die

die Wittwe von Knoppert, gedachtes Gut im Jahre 1767 dem Hauptmanne von Plettenberg, als ihrem künftigen Erben, durch eine Schenkung unter den Lebendigen überlassen hat,

immaßen a) diese Schenkung während der noch rechtsanhängigen doppelten exploratione onerum in Ansehung des Gutes Holtwick sowohl als des Gutes Loen, und während der in Ansehung des Gutes Loen angestellten Vindications-Klage geschehen ist, und dabey die Wittwe von Knoppert eine vollkommene Wissenschaft von der großen Anzahl der Schulden, zu deren Befriedigung ihr gesammtes Vermögen nicht zureiche gehabt hat, weshalb die nichts destoweniger unternommene Verschenkung des Gutes Holtwick für eine in fraudem creditorum geschehene Veräusserung zu halten, und deshalb nach klarer Verordnung der

L. 6. §. 11. D. quae in fraud. credit.

mittelst der actionis Paulianae rescindirt und wieder aufgehoben werden kann; quamquam enim non proponatur consilium defraudandi habuisse, tamen qui creditores habere se scit, et vniuersa bona sua alienauit, intelligendus est, fraudandorum creditorum consilium habuisse,

L. 17. §. 1. D. eod.

idemque praesumitur, si quis maiorem partem vel res pretiosiores alienauerit vel donauerit;

Brunnemann ad cit. L. 17. D. n. 3.

16 überdem b) das Gut Holtwick unter der General-Hypothek, welche dem Executorium wegen seiner Forderungen bestellt worden, begriffen ist, folglich, wenn auch der Hauptmann von Plettenberg in Ansehung dieses Gutes als successor singularis betrachtet werden könnte, dennoch die actio hypothecaria statthaft gegen ihn verbleibt, immaßen die auf solchem Gute haftende Hypothek durch die gesuchte explorationem onerum aus vorangeführten Gründen nicht erloschen ist,

17 Im übrigen 10) in Ansehung der aus dem Gute Holtwick zu suchenden Befriedigung, darauf es vornemlich ankömmt, ob die in dem Explorations-Processe auf dasselbe angewiesenen Gläubiger, in dem vom Jahre 1727 anlaufenden Zeitraume bereits aus den Einkünften desselben völlig befriediget sind, und deshalb zur Erforschung dieses Umstandes die bereits gegen die Gläubiger ergangenen citationes ad liquidandum de perceptis zur Wirksamkeit zu bringen sind, und zu solchem Gesuche das Executorium vermöge der eigenen an gedachtem Gute habenden Pfandrechte für hinlänglich legitimirt und berechtiget zu halten;

Als sind wir solchem allem zu Folge der rechtlichen Meinung:

18 daß das hochlöbliche Executorium weiland Rudolfs von Linnen die liquidirten und seit dem 30ten Sept. 1660 contrahirten Forderungen, wegen welcher dasselbe in das nunmehr nach Urtheil und Recht wieder abgetretene Gut Loen immittirt gewesen, nebst den abgetretenen Nutzungen und Proceß-Kosten aus

aus der von Knoppertschen Verlassenschaft gegen den eingesetzten Erben den Hauptmann Friedrich Wilhelm von Plettenberg einzuklagen, und deren Befriedigung besonders aus dem Gute Holtwick, wenn zuvörderst die auf dessen Aufkünfte angewiesenen Gläubiger mit den liquidirten und classificirten Capitalien und Zinsen daraus befriediget seyn werden, zu suchen für berechtiget zu halten.

Zweyte Frage:

Ob gedachtes Executorium in Ansehung der auf das adeliche Gut Loen ex cessione erhaltenen Pfandverschreibungen, nachdem dieses Gut von den Agnaten von Loen nunmehr vindicirt worden, sich an die Cedenten halten, und gegen diese die Evictionsklage mit Erfolg anstellen könne? 19

Wiewohl nun 1) die Evictionsklage gegen die Cedenten, in dem jetzt vorkommenden Falle, da der Eigenthümer die Grundstücke, auf welchen die cedirte Hypothek gehaftet hat, in Anspruch genommen, deshalb für statthaft zu halten seyn möchte, weil es zur Wahrheit und nicht bloß zur Güte des verliehenen Pfandrechts zu rechnen ist, daß die verpfändete Sache dem Pfandgeber eigen gewesen sey, 20

L. 23. D. de probat.
L. 15. D. de pignor. et hypoth.

allermaßen das Pfandrecht an einer fremden Sache gültiger Weise nicht verliehen werden kann; ideoque hypothecae in re aliena constitutae non modo bonitas sed ipsa veritas deesse videtur;

Christ. Gottl. Gmelin in comm. de iure pignoris vel hyp. quod creditori debitor in re sibi non propria constituit §. 18.

wobey 2) in dem gegenwärtigen Falle noch in Betracht kommen dürfte, daß einigen unter den vielen Cedenten nicht unbekannt gewesen seyn dürfte, daß das adeliche Gut Loen denen von Knoppert und deren Vorfahren nicht eigenthümlich zugestanden, und in solchem Falle, si creditor pignus cessum alienum esse sciuit, die Verbindlichkeit zur Gewährleistung ex capite doli hinlänglich begründet werden kann; 21

demnächst 3) soviel diejenigen Cedenten betrifft, welche die Gewährleistung versprochen haben, diese mit der unterlassenen Litis-Denunciation sich nicht ohne Anschein schützen dürften, indem aus den Acten, welche das in Anspruch genommene Gut Loen betreffen, nicht zu ersehen steht, daß ihnen lis denunciiret worden, und ohne daß solches geschehen, die Klage auf die Gewährleistung, es sey actio ex stipulatu oder actio emti, der in dem 22

L. 8. C. de euiction.

geordneten Regel nach nicht statt hat;

Lauterbach in coll. theor. pract. lib. 21. tit. 2. §. 29.

darneben 4) die Cedenten mit der Verjährung von mehr denn 40 Jahren bedeckt zu seyn scheinen, als welche gegen eine jedwede Klage statt hat, 23

Cap.

Cap. 6. X. de praescript.

und wenn gleich die praescriptio longi temporis im

L. 21. C. de euict.

gegen die Gewährleistung für unstatthaft erkläret ist, dennoch dadurch die praescriptio longissimi temporis nicht ausgeschlossen wird, vielmehr

Carpzov in iurispr. forensi P. 2. const. 3. def. 18.

solche den gemeinen Rechten nach für unstreitig zulässig gehalten;

24 Dennoch aber und dieweil hiebey zuvörderst 1) die Beschaffenheit der in Frage stehenden Cessionen in Betracht zu ziehen ist, und soviel aus den das Gut Loen betreffenden Acten abzunehmen ist, dem Executorium hauptsächlich die Capital-Forderungen mit der zu deren Sicherheit bestellten Special-Hypothek auf das Gut Loen und dessen Pertinenzstücken nebst der General-Hypothek zu verschiedenen Zeiten cediret, und übertragen worden, folglich diese Schuldforderungen, mit welchen auch das Executorium in dem Classifications-Urtheile zur Befriedigung aus dem Gute Loen angesetzt worden, den Hauptgegenstand der Cessionen, hergegen die deshalb constituirte Special- und General-Hypothek das accessorium ausmachen;

25 Gleichwohl 2) in Ansehung der cedirten Schuldforderungen es hinlänglich gewesen ist, daß solche wahre und richtige Forderungen übertragen sind, derenthalben nach

L. 4. 5. D. de hered. et act. vendita.

keine Evictions-Klage eintreten kann, und da diese bey dem Hauptgegenstande der Cessionen nicht eintritt, die Gewährleistung auch in Ansehung der zugleich cedirten Special-Hypothek, den Rechten nach nicht gefordert werden kann, weil in solchem Falle die mit der Forderung cedirte Hypothek, als deren Accessorium die Sicherheit und die Güte der cedirten Forderung, mithin bonitatem nominis cessi betrifft, welche der Cedent zu prästiren nicht schuldig ist; periculum pignorum enim nominis venditi ad emtorem pertinet, modo probetur, eas res obligatas fuisse,

L. 30. D. de pignorib.

und wie in dieser Verordnung von dem nomine vendito, cui pignus accessit, gehandelt ist, so in Ansehung des letztern nur ein Beweis der geschehenen Verpfändung erfordert wird, und in solchem Falle die Gefahr des Unterpfands dem Käufer oder Cessionarius zu tragen aufgelegt worden; siquidem venditor nominis hoc tantum necesse habet praestare, quod res fuerit obligata, non etiam quod debitor eius fuerit dominus, quemadmodum et cogitur venditor nominis praestare, debitorem esse, non autem quod sit soluendo,

Reinh. Bachouius de pignorib. et hypoth. lib. 3. cap. 25. n. 2.

wie denn auch in einem ähnlichen Delegations-Falle, da ein Schuldner eine mit Unterpfandsrechten versicherte Forderung seinem Gläubiger zugleich cediret, die Gewährleistung in Ansehung des cedirten Unterpfandsrechts in der

L.

L. 68. §. 1. D. de euict.

nicht statthaft erkannt wird; etiamsi enim quis vna cum nomine pignora iuncta expresse sibi cedi voluit: haec tamen accessoria tantum esse voluisse videtur, ideoque, modo nomen verum sit, cedentem de eo, quod pignora in rebus alienis constituta fuerint, conuenire non poterit;

Gmelin in cit. tr. p. 56.
Mevius P. 2. dec. 361. n. 9. 10.

und wenn es gleich 3) der gewöhnliche Fall zu seyn pflegt, daß die Hypothek als ein zur Sicherheit der Schuld verliehenes Recht, mit der Schuld selbst cediret wird, dennoch einige Rechtslehrer überhaupt und in jedem Falle, wo die Hypothek cediret wird, behaupten, daß der Umstand, daß sie in re aliena bestellt ist, nicht zur Richtigkeit sondern zur Güte der Hypothek gehöre, und daher dafür halten, quod vti in nomine cesso sufficit *nomen* esse, licet *bonum* non sit, ita in pignore cesso sufficiat hypothecam veram esse, licet bona non sit, nam eadem ratione hic quoque non res quaedam, sed ius hypothecaria actione agendi incertusque proinde litis euentus translatus esse videtur; 26

Cocceii in iure contr. lib. 20. tit. 5. qu. 5.
Westphal von Verpfändung fremder Güter §. 9.

Ausserdem 4) in dem gegenwärtigen Falle nicht ausser rechtlichem Betracht gelassen werden darf, daß die von Knoppert und deren Vorfahren aus dem in den Acten angezogenen Vertrage vom Jahre 1686, so lange die ältere Linie des Geschlechts von Loen geblühet, ein ius temporarium an dem Gute Loen gehabt, und solches erst durch den Anfall des Gutes an die jüngere Linie erloschen ist, mithin die daran cedirte Hypothek zur Zeit der Cession nicht unwirksam seyn können, gleichwohl das Executorium die iura cessa binnen so vieler Jahre nicht eingeklagt, und die Forderungen weiter creditirt hat, und deshalb die Einrede des verstatteten eigenen Credits und eines aus eigener Verschuldung veranlaßten Schadens demselben entgegensteht; 27

Dahergegen 5) in Ansehung der Cedenten, welche die Gewährleistung ausdrücklich versprochen haben, ein besonderer rechtlicher Grund zu solcher Klage eintritt; 28

L. 1. L. 2. C. creditorem euict. pignoris non debere.

und obwohl 6) denselben bey dem auf das Gut erhobenen Anspruch lis nicht denunciiret worden, dennoch dabey in Betracht zu nehmen ist, daß dieser von den Agnaten gemachte Anspruch nach einer genauen gerichtlichen Verhandlung durch Urtheil und Recht für gegründet erkannt worden ist, und die Cedenten besondere Vertheidigungs-Gründe gegen solchen Anspruch an die Hand zu geben nicht vermögend gewesen seyn dürften, worauf gleichwohl die ganze Absicht der Litis-Denunciation gerichtet ist, und in solchem Falle nach den schon durch den Gerichtsgebrauch angenommenen Gründen der Billigkeit die Evictions-Klage statthaft verbleibt; 29

Struuius in synt. iur. civ. exerc. 27. th. 33.
de Pufendorf obs. iur. tom. 2. obs. 35. §. 15.

30 Ferner 7) diese Klage durch die Verjährung für erloschen nicht angesehen werden kann, indem die wirkliche Eviction des Gutes Loen und dessen Zubehörs erst im Jahre 1782 erfolgt ist, gleichwohl die Evictions-Klage weder vor erfolgter Eviction erwachsen, noch auch solche eher angestellt werden können;

L. 3. L. 9. C. de euict.
L. 1. §. 2. C. de annali except.

actio emti enim, quae de euictione datur longi temporis praescriptione non summouetur, licet post multa spatia rem euictam esse comprobetur,

L. 21. C. de euict.

und wenn gleich in dieser Constitution nur der praescriptionis longi temporis Erwähnung geschehen ist, dennoch der Grund derselben und der bemerkte Ablauf vieler Jahre zugleich die praescriptionem longissimi temporis betrifft, allermaßen hiebey bloß darauf, von welcher Zeit diese Klage ihren Anfang gewinne es ankömmt, und nach demselben Grunde zu behaupten ist, quod tempora praescriptionis longissimi temporis non a tempore venditionis vel cessionis, sed demum a tempore factae euictionis computanda sint;

Voetius in comment. ad Pand. lib. 21. tit. 2. num. 29.
Nic. Burgundus de euictionib, cap. 86. n. 2.

31 Uebrigens 8) nach der Lage der Sache eine Regreß-Klage ex capite doli sich gegen die Cedenten nicht leicht begründen läßt, da kein wahrscheinlicher Grund eintritt, daß die Cedenten eine Wissenschaft von dem an das Gut Loen zu machenden Ansprüche der Agnaten gehabt haben sollten, immaßen dieser Anspruch auf einer aus alten Geschlechts-Verträgen hergeleiteten weitläuftigen rechtlichen Erörterung beruhet, und das Executorium selbst in dem gemeinen guten Glauben, daß das Gut Loen denen von Knoppert und deren Vorfahren eigenthümlich zugehöret habe, gestanden ist;

32 Immittelst 9) auch bey dem Gebrauche der Regreß-Klage gegen einzelne und solche Cedenten, welche die Gewährleistung versprochen haben, die Vorsicht es mit sich bringet, die ausgestellten einzelnen nach Alter und Zeit unterschiedenen Cessions-Urkunden einzusehen, und darauf zugleich rechtlichen Betracht zu nehmen, ob die besorgliche Einrede einer dem Executorium zur Last fallenden eignen Schuld, in Eincassirung der cedirten und durch Hypotheken versicherten Forderungen, hinlänglich abgelehnt werden könne, indem dem Executorium theils der in rat. dec. 4. angeführte Grund, theils bey den alten Cessionen dieses entgegen stehen dürfte, daß dasselbe bey der im Jahre 1724 erhobenen exploratione onerum des Gutes Holtwick, welches unter der mittelst verschiedener Cessionen zugleich mit übertragenen General-Hypothek begriffen ist, die cedirten Forderungen anzugeben unterlassen hat, gleichwohl ein Cedent, welcher neben der Special-Hypothek auf Loen zugleich die General-Hypothek cedirt hat, sich damit schützen kann, daß ein Gläubiger, welchem ausser der Special-Hypothek an den Gütern des

des Schuldners auch eine General-Hypothek constituiret ist, die Befriedigung aus der General-Hypothek zu suchen für berechtigt zu halten,

Leyser spec. 225. med. 5. et 6.

und deshalb ein Cessionarius um sich des bedungenen Regresses gegen den Cedenten bedienen zu können, auf seiner Seite die rechtlichen Mittel zur Befriedigung wegen seiner Forderungen zu gelangen, zu gebrauchen nicht verabsäumen darf, weil sonst daraus dem Cedenten die Ausflucht erwächset, daß der nachherige bey der Special-Hypothek erwachsene Verlust durch eignes Versehen veranlaßt sey,

Als halten wir den Rechten nach dafür:

daß dem hochlöblichen von Tinnischen Executorium in Ansehung der auf das adeliche Gut Loen ex cessione erhaltenen Schuld- und Pfand-Verschreibungen die Regreß- und Evictions-Klage gegen die Cedenten anders nicht zustehe, als in so fern die Gewährleistung bey den Cessionen versprochen worden, und in diesem Falle die Regreß-Klage gegen einzelne Cedenten mit gutem Erfolge anders nicht, als unter der bemerkten nöthigen Vorsicht angestellet werden könne. 1786.

Num. 163.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

De ordine ſuccedendi feminarum extincto ſtemmate maſculino ſecundum praerogatiuam lineae et gradus determinando.

Argvmenta specialia.

Species facti. n. 1.

Quaeſtio propoſita. n. 2.

Ordo quo feminae extinctis maſculis ad ſucceſſionem vocatae, ſuccedunt, varias ob cauſas ambiguus eſt. n. 3.

Ordo ſuccedendi ex iure primogeniturae per praerogatiuam lineae et natiuitatis determinatur. n. 4. 6.

Nec gradus proximitatis ratio habetur. n. 5. 6.

Donec maſculi a primo acquirente deſcendentes ſuperſunt, feminis nullum eſt ius ſuccedendi. n 7.

Ex praerogatiua lineae et natiuitatis itaque feminis ſtipite maſculino nondum extincto ius competere nequit. n. 8.

Extinctis maſculis et ſucceſſione ad feminas deuoluta de praerogatiua lineae demum quaeri poteſt. n. 9.

Succeſſio maſculorum longe differt a ſucceſſione feminarum extinctis maſculis. n. 10.

Femina quae extinctis maſculis ſuccedere poteſt, in proxima linea eſſe debet. n. 11.

Inter plures in eadem linea conſtitutas praerogatiua natiuitatis locum habet. n. 12. 17. 18.

Quod ex aurea bulla illuſtratur. n. 13.

Filia vltimi poſſeſſoris praerogatiua prae aliis feminis gaudet. n. 14.

Iure communi ſucceſſio per proximitatem gradus determinatur. n. 15.

Feminis quidem durante ſtipite maſculino ius ſuccedendi euentuale competit, non vero praerogatiua lineae. n. 16.

Rechtsgutachten.

§. 1.

1 In dem gräflich Sayn-Wittgenſteinſchen Hauſe iſt nach Maaßgebung der Stamm-Ta-

Tafel *) die Erbfolge in der halben Grafschaft Sayn oder der nachher so genannten Grafschaft Sayn-Hachenburg, im Jahr 1675 auf die von der Gräfin Ernestine abstammenden vier Erb-Töchter gefallen, und unter diesen noch in eben demselben Jahre der künftigen Erbfolge halber ein Erbvertrag errichtet worden, welcher mit dem Namen des pacti sororii bezeichnet wird und in

Mosers Staats-Recht der Reichs-Grafschaft Sayn §. 169.

abgedruckt ist.

In diesem Erbvertrage ist von besagten vier Erb-Töchtern die Succession in der halben Grafschaft unter ihren ehelichen Leibes-Erben, männlichen und weiblichen Geschlechts, nach dem Recht der Erstgeburt dergestalt festgesetzet worden,

daß 1) einer jeden Erb-Tochter ältester Sohn in deren Antheil an der Grafschaft allein succediren, und wenn der erstgebohrne Sohn einer Linie Söhne und Töchter hinterlassen würde, jedesmal der älteste Sohn sich des iuris primogeniturae zu erfreuen haben,

hergegen 2) dessen Schwestern mit einer bestimmten Ausstattung abgefunden werden sollten;

massen

*) Gräfin Ernestine geb. 1600. † 1632.

Anne Louise geb. 1654. † 1692. Gem. Moriz Heinrich Fürst zu Nassau Hadamar.	Maxim. Ferdinand geb. 1655. † 1675. unvermählt.	Francisca Eleonore Clare geb. 1675. † 1714. ohne Kinder. Gem. Anton Leopold Graf von Pöttingen.	Magdalene Christine geb. 1658. † 1715. Gem. Georg Ludewig Burggraf von Kirchberg.	Salome Sophie Ursula geb. 1659. † 1678. ohne Kinder Gem. Ludewig Frieberich Graf zu Wied.
			Georg Friederich Burggraf von Kirchberg geb. 1683. † 1749.	

Wilhelm Ludwig geb. 1700. † 1751.	Johann August regierender Graf zu Sayn-Hachenburg geb. 1714. († 1799)	Caroline geb. 1720. Gem. Johann Friedrich Alexander Fürst zu Neuwied († 1791.)	Sophie Charlotte geb. 1731. † 1772. Gem. Joh. Martin Graf zu Stolberg.
Wilhelm Georg geb. 1751. † 1777.		Friedrich Carl Erbgraf (jetzt Fürst zu Neuwied) geb. 1741.	
Louise Isabelle geb. 1772.			

Ein Gutachten des Herrn geheimen Justiz-Raths Pütter über diesen bekannten Fall findet sich in dessen Erörterungen und Beyspielen des teutschen Staats- und Fürsten-Rechts. Band 1. S. 334.

massen denn die Töchter insgemein, als lang männlicher ehelicher Stamm in obgemeldter vier Geschwister, aller, etzlicher, oder nur einer Linie übrig und in Leben sich befindet, von der halben Grafschaft Sayn Succession oder ihrem mütterlichen Antheil darinn ausgeschlossen werden, auch auf ihren Verheyrathungs-Fall deswegen gewöhnlichen Verzicht zu thun schuldig seyn sollen.

Diesem ist 3) hinzugefügt:

würden keine von Unsern vier Geschwistern Leiber erzeugte Söhne oder deren ehelicher Mannsstamm, sondern nur Töchter-Söhne vorhanden seyn, so sollen dieselben alsdann succediren nach dem Primogenitur-Recht auf Weise, wie vor verordnet.

Wenn auch 4) der Fall sich ereignen sollte, daß männliche eheliche Erben aus einer Linie ganz verstürben; so ist sodann als durch ein immerwährendes Haus-Gesetz geordnet, daß Land und Leute

auf diejenige Unser Schwester Linien, worin sich alsdann noch Mannsstamm findet, und auf die erstgebohrnen Söhne einer jeden Linie zu gleicher Vertheilung erblich kommen und verfallen sollen — — — Sie, Töchter, sämmtlich hingegen schuldig und gehalten seyn sollen, die ganze Erbschaft der Saynischen Lande dem erstgebohrnen männlichen Erben in unsern andern übrigen Linien, so lange derselbe stehet und währet, unwiederruflich abzutreten.

Dafern auch 5) sämmtliche vier Erbtöchter alle und jede ohne männliche eheliche Leibeserben verstürben, und nur Töchter hinterliessen; so ist festgestellet:

daß solchen Falls in jeder Linie die älteste Tochter allein succediren, und des Primogenitur-Rechts sich gegen die andern ihre Schwestern zu bedienen befugt seyn solle,

jedoch dergestalt,

daß wenn von der ältesten Tochter keine männliche ehelliche Erben vorhanden, alsdann ihrer nächstältesten Schwester eheliche Söhne, da aber auch selbige ohne männliche Erben verbliebe ihrer folgenden Schwester Söhne, so von dero Leib ehelich gebohren, zur Succession ihrer Großfrau-Mutter Antheils gelangen;

Hierbey ist denn noch 6) verordnet:

sollten aber Unsere, ein oder der andern hinterbleibende Töchter, alle und jede, ohne eheliche Söhne wieder abgehen, so verfället solcher Antheil der halben Grafschaft auf die andern Linien, darin männliche Erben von unsern Töchtern selbst ehelich erzeugt vorhanden, jedoch also, daß der primogenitus in jeder Linie allein erbe, und die übrigen Brüder und Geschwister oder auch Brüder- und Geschwister-Kinder in der halben Grafschaft ausschliesse.

Endlich haben die paciscirenden Erbtöchter bey dem Beschluß nochmahls erkläret:

daß

daß deren Töchter, als lang in ihrer aller oder mehrern oder auch nur einer Linie ehelicher männlicher Stamm vorhanden, zur Succession an Land und Leuten der halben Grafschaft nicht gelangen mögen.

§. 2.

Kraft dieses pacti forqrii ist die Succession in der halben Grafschaft, nachdem drey Erbtöchter ohne männliche Leibeserben verstorben sind, auf der gräflichen Erbtochter Magdalene Christine, vermählten Burggräfinn von Kirchberg, einzigen Sohn, den Burggrafen Georg Friederich, im Jahre 1714 gefallen, und ist dieser in alle vier Antheile der Grafschaft Sayn-Hachenburg, mit Ausschliessung der von der ältesten Erbtochter abstammenden einzigen Tochter, Albertine Johannette, vermählten Fürstin zu Salm, allein succediret. Dieser hat zwey Söhne, den erstgebohrnen Wilhelm Ludewig, und den jetzt regierenden Burggrafen Johann August, und zwey Töchter, die Gräfin Caroline Gemahlin des jetzt regierenden Grafen zu Wied, und die Gräfinn Sophie Charlotte, Gemahlin des Herrn Grafen von Stolberg-Roßla hinterlassen.

Nach Absterben des vorgedachten Burggrafen Georg Friederich ist im Jahre 1749 die Erbfolge auf dessen erstgebohrnen Sohn Wilhelm Ludewig, und von diesem auf dessen einzigen Sohn Wilhelm Georg gefallen. Als auch dieser im Jahre 1777 ohne eheliche männliche Erben mit Hinterlassung einer einzigen Tochter, der Gräfin Louise Isabelle verstorben ist, hat dessen Vaters Bruder, als der zweyte Sohn des vorgemeldeten Burggrafen Johann August, die Erbfolge nach dem Recht der Erstgeburt erhalten.

Wie nun nach dessen über kurz oder lang erfolgendem tödtlichen Hintritt der Fall sich ereignen dürfte, in welchem die Erbfolge in der Grafschaft Sayn-Hachenburg vom Mannsstamm auf das weibliche Geschlecht übergehen würde, aus diesem aber in der gräflich Kirchbergischen Linie

1) dessen älteste Frau Schwester, die Frau Gräfin Caroline, vermählte Gräfin zu Neu-Wied, und

2) dessen ältesten Bruders, Wilhelm Ludewig, hinterlassene Enkelin, die Gräfin Louise Isabelle,

noch am Leben sind; so entstehet die zur Erstattung eines rechtlichen Bedenkens mir vorgelegte

Frage:

welcher von diesen beyden auf solchen Fall das Vorrecht der Erbfolge in der Grafschaft Sayn-Hachenburg nach der auch unter der weiblichen Descendenz unstreitig eintretenden Ordnung der Erstgeburt gebühre? 2

§. 3.

Ich bemerke zuvörderst, daß 1) der Fall, wo die Erbfolge nach Ausgang des Mannstammes auf das weibliche Geschlecht übergeht, und unter den weiblichen Descendenten die Frage über das Vorrecht der einen vor der andern nach der Primogenitur- 3

Ord-

Ordnung entsteht, theils wegen des gänzlichen Mangels einer gesetzlichen Bestimmung, theils wegen der Verschiedenheit der Gründe, die dabey in Anwendung gebracht werden, besondern Schwierigkeiten unterworfen ist, welche auch

Moser im Familien-Staatsrechte der Reichsstände C. 9. §. 57. S. 921.

anerkannt hat. Das besondere, nemlich was in diesem Falle vorkömmt, besteht darin, daß zu der Zeit, wo die Erbfolge nach Ausgang des Mannsstammes auf das weibliche Geschlecht übergeht, das weibliche Geschlecht erst des Rechtes der Erbfolge fähig wird, und dabey zugleich von der Ordnung unter den weiblichen Descendenten die Frage erwächßt.

Auch das pactum sororium vom Jahre 1675 enthält 2) keine Entscheidung für diesen Fall. Die darin enthaltenen Bestimmungen betreffen theils die Succession in dem Antheile einer jeden der vier paciscirenden Erbtöchter, theils den Anfall der Antheile der ausgehenden Linien an die andern. Sie gehen aber nicht auf den Fall, der sich jetzt ergeben hat, wo die sämmtlichen vier Antheile in einer Linie vereiniget worden, und der letzte vom Stamm ohne eheliche Leibeserben abgehen, und dadurch die Erbfolge dem weiblichen Geschlechte eröfnet werden dürfte.

§. 4.

4 Da nach der Natur des Primogenitur-Rechts das Vorrecht in der Succession auf dem Vorzuge der Linie und der Geburt beruhet; so dürfte 1) für die Gräfin Louise Isabelle beydes nicht ohne Anschein angeführt werden.

Sie stammt mit dem jetzt regierenden Herrn Grafen von einem gemeinschaftlichen Stammvater, dem Burggrafen Georg Friederich ab, in dessen Person die vier Antheile der halben Grafschaft vereiniget worden sind und sie ist dessen erstgebohrnen Sohns, Wilhelm Ludewig, einzige nachgelassene Enkelin. Wie ihr Großvater, als erstgebohrner Sohn, und darauf ihr Vater die Succession vermöge des Vorrechtes der Geburt bereits wirklich erhalten hat: so dürfte ihr, als der Enkelin des Erstgebohrnen, das Vorrecht der Geburt gleichfalls zu statten kommen, weil die Geburt bey dem Primogenitur-Recht als der modus acquirendi anzusehen ist, die vorzügliche Erbfolge vermöge des in dem Geschlecht eingeführten Primogenitur-Rechts zu erlangen. So lange sonst Successionsfähige Descendenten des erstgebohrnen Sohns vorhanden sind, so lange wird unter solchen das Primogenitur-Recht schon durch die Geburt für radicirt gehalten, und es ist dabey als ein Grundsatz angenommen, quod quam primum quis natus est, is eo ipso momento ius primogeniturae habeat acquisitum atque in sua persona radicatum, et in sequentem ex ipso primogenitum et deinceps in infinitum transmittat,

de Ludolf de introd. iur. primog. in part. spec. §. 7. n. 9. p. 36.
Arnold Engelbrecht de success. in elector. ex iure primog. th. 23.
Carol. Ant. de Luca de linea legali art. 27. n. 25. p. 307.

§. 5.

§. 5.

Daß 2) die Gräfin Louise Isabelle dem jetzt regierenden Herrn Burggrafen dem Grade nach nicht so nahe, als dessen Frau Schwester, die Gräfin zu Wied, verwandt ist; dies dürfte bey der Primogenitur-Folge als unerheblich anzusehen seyn, weil bey dieser das Vorrecht der Succession von der Linie und von der Geburt und nicht von der Nähe der Grade abhänget; cum in primogenituris non computentur gradus, 5

Io. Torre de primogenituris et maioratibus c. V. §. 3. n. 20. 21.

nec ideo inspiciatur proximitas gradus.

Textor de success. regn. principat. et familiar. illustr. th. 5. 6.

§. 6.

So wenig sonst 3) in Schriften der Rechtslehrer ein Fall vorkömmt, welcher dem in Frage stehenden völlig ähnlich wäre; so hat dennoch 6

Joh. Fried. Wilh. von Neumann tr. de hereditatib. et success. princip. §. 63. p. 57.

bey der successione cognatica lineali einen ähnlichen fingirten Fall angebracht, um den sonst irrigen Satz zu bestreiten, quod femina semel exclusa semper maneat exclusa. Bey folgender auf die Analogie des Aragonischen Successions-Falls entworfenen Geschlechts-Tafel

Petrus

Johannes	Martinus	Eleonore
Violanta	† ohne Kinder	

nimmt er an, daß der älteste Sohn Johannes zuerst succediret habe, und ihm dann mit Ausschliessung der einzigen Tochter Violanta der Bruder Martinus gefolgt, dieser aber unbeerbt verstorben sey. Bey der Frage, ob des Martinus ältesten Bruders Tochter Violanta oder dessen Schwester Elenore ein Vorrecht zur Succession habe, erkläret er sich für die erstere aus folgenden Gründen. Martino enim sine prole mortuo, cum de linea in lineam transeundum iam sit, praeferenda omnino Violanta ex seniori linea Eleonorae in iuniori constitutae. Nec Violantae obest, quod olim fuerit exclusa. Cessat enim iam impedimentum, quod tum ipsi obstabat, sexus nimirum praerogatiua; et inhabilis ad successionem fuerat Violanta non simpliciter, sed in relatione ad Martinum; cum ex aduerso iam in relatione ad Eleonoram pari, qua haec, gaudeat succedendi habilitate: cui cum accedat lineae praerogatiua, omnino in lineali successione vincet Violanta Eleonoram. Wenn dieser von Neumann zum Beyspiel angegebene Fall auf richtigen Gründen beruhete; so würde sich die Anwendung davon auf den vorliegenden Fall von selbst machen, da die Gräfin Louise Isabelle, als des jetzt regierenden Herrn Burggrafen ältesten Bruders Enkelin mit dessen Schwester der Frau Gräfin zu Wied, bey dem künftigen Successions-Fall concurriret.

§. 7.

7 Jedoch, um die Anwendung der aus dem Primogenitur-Recht herzuleitenden Gründe richtig zu bestimmen, will ich zuvörderst einige allgemeine Grundsätze anführen, welche bey dem Uebergange der Succession vom Mannesstamme auf das weibliche Geschlecht in rechtlichen Betracht zu ziehen sind.

So lange I) der Mannsstamm eines Geschlechts blühet, erlanget eine Descendentin weiblichen Geschlechtes durch ihre Geburt in dem Geschlecht kein Recht oder Vorrecht an der Linie. Bey stehendem Mannsstamme begreift 1) die Linie nur allein männliche Successionsfähige Descendenten unter sich; und es ist völlig einerley, sich der Ausdrücke, eine Linie, oder männliche Descendenten, zu bedienen. Alles Recht, was auf dem Vorrechte der Linie beruhet, wird daher nur allein auf männliche Descendenten vererbt.

8 Das weibliche Geschlecht hat 2) aus den Verträgen und Verordnungen der Vorfahren nur auf den Fall des Ausgangs des Mannsstammes ein Erbfolge-Recht: und alles Recht, was aus jenen Verträgen durch die Geburt auf dasselbe vererbet werden kann, ist ein ius succedendi euentuale. Das Primogenitur-Recht unterscheidet sich nun von dem gemeinen Erbfolge-Recht dadurch, daß die Ordnung der Succession unter den zur Erbfolge berechtigten nach dem Vorrecht der Linien und der Geburt bestimmt wird. Ohne ein Recht zur Erbfolge zum voraus zu setzen, kann aber kein Vorrecht in der Successions-Ordnung statt haben. So lange daher das Successions-Recht dem weiblichen Geschlechte nicht eröffnet ist, ist dasselbe weder des Primogenitur-Rechts überhaupt, noch auch des Vorrechts in der Linie fähig.

Durch die Geburt kann daher 3) das Recht und Vorrecht der Linie bey stehendem Mannsstamme auf das weibliche Geschlecht nicht vererbt werden. Die Geburt wird zwar bey dem Primogenitur-Rechte als der modus acquirendi angesehen; sie setzt aber Successions-Berechtigte zum voraus. Durch dieselbe wird das Recht und Vorrecht der Linie auf die männlichen Descendenten sowohl pure als euentualiter verstammet, weil sie den titulum successionis für sich haben: in Ansehung der weiblichen Descendenten hingegen kann solches weder pure noch euentualiter geschehen, weil der Fall noch nicht vorhanden ist, in welchem sie zum Recht der Erbfolge berechtiget sind, sondern dieses noch ruhet. Durch die Geburt erhalten sie nur die Rechte am Geschlecht und an den Geschlechts-Verträgen; nicht aber an der Linie und deren Vorrechten, und beydes sind wesentlich von einander verschiedene und wohl zu unterscheidende Rechte.

§. 8.

9 Wenn II) das Recht der Succession durch den Ausgang des Mannsstammes auf das weibliche Geschlecht übergeht: so können erst die Gründe des Primogenitur-Rechts in Anwendung kommen.

Hier äussert sich denn aber gerade die erheblichste Schwierigkeit, weil keine von den weiblichen Descendenten bey stehendem Mannsstamme im rechtlichen Sinne zu einer

ner Linie gehört, und auf ein Recht und Vorrecht der Linie sich beziehen kann. Einige Rechtslehrer, als Moser, haben daher diesen Fall nicht nach dem Recht der Primogenitur, sondern nach den Gründen der gemeinen Successions-Ordnung und nach der Nähe der Grade zu bestimmen gesucht; welches jedoch, wie ich in der Folge anführen werde, die Entscheidung nicht verändert.

Da inmittelst eine Succession nach der Primogenitur-Ordnung bey einer schon stehenden Familie erst eingeführet werden kann, und alsdann die Linien nach ihrem Vorzug aus der Person des letzten Besitzers berechnet werden: so leidet auch diese Bestimmung des Primogenitur-Rechtes bey dem Abgange des Mannsstammes in dem Maasse eine Anwendung auf die am Leben seyenden Descendenten vom weiblichen Geschlecht, daß die Linien unter ihnen von dem letztern vom Mannsstamme, als welchem succediret wird, angerechnet werden. Aus diesem Grunde stehen die Töchter des Letztverstorbenen in der ersten Linie. Wenn deren keine vorhanden sind, so machen diejenigen zusammen, welche mit dem letzten vom Stamme von dem nächsten gemeinen Stammvater abstammen, die nächste Linie aus: und diese stehen mit ihm in einer Linie. Der Grund, die Linien und deren Vorrechte dergestalt zu bestimmen, beruhet auf der hergebrachten Art und Eigenschaft der Linien überhaupt. Continet enim linea collectionem personarum ab eodem stipite descendentium. Ita in linea recta vna est linea descendentium: et inter coniunctos in linea transuersa prima est linea illorum collateralium, qui veniunt a meo patre, et secunda eorum, qui auum meum agnoscunt.

Struuius in synt. iur feud. C. IX. §. 7. n. 9.

Das vorzügliche Recht derer, die mit dem letzten vom Mannsstamme in einer Linie stehen, gründet sich auf das bekannte principium der Primogenitur-Ordnung, daß die Succession so lange in einer Linie verbleibt, als darin ein Successionsfähiger vorhanden ist, folglich auch die Succession bey dem Abgange des Mannsstammes auf die nunmehr zur Succession berechtigten weiblichen Descendenten gehet, welche mit dem letzten vom Mannsstamme in einer Linie stehen. Auch der in den Lehnrechten bestimmten Lineal-Folge ist es gemäß, daß diejenigen den Vorzug der Lehnfolge geniessen, die mit dem Letztverstorbenen in einer Linie stehen. Nam successio pertinet ad eos, qui ex illa linea sunt, ex qua defunctus fuit.

II. F. 50. in f.

Sind also die weiblichen Descendenten, die mit dem letzten vom Mannsstamme in einer Linie stehen, sämmtlich in der nächsten Linie, so muß unter ihnen hinwiederum das Vorrecht der Geburt das Vorrecht der Erbfolge bestimmen.

§. 9.

Merklich unterscheiden sich III) diese Gründe, welche bey dem Uebergange der Succession vom Mannsstamme auf das weibliche Geschlecht eintreten, von denen, welche die Primogenitur-Folge unter dem Mannsstamme betreffen. 10

Bey stehendem Mannsstamme ist 1) ein jeder männlicher Descendent zum Recht der Erbfolge berechtiget, und dieses wird ihm sofort durch die Geburt und nach der Ordnung der Geburt erworben. Jeder vom Mannsstamme ist daher 2) von der Geburt an ein Glied der Linie, als welche den Inbegriff der zur Succession berechtigten, mithin der männlichen Descendenten unter sich fasset. Wie 3) die Linien selbst nach der Ordnung der Geburt entstehen, so geniessen sie in eben der Ordnung unter einander einen Vorzug bey der Succession. Nach dieser Ordnung geht die Succession von einer Linie auf die andere, und der Vorzug der Geburt bestimmt in jeder Linie den künftigen Nachfolger.

Keiner von diesen Sätzen leidet bey stehendem Mannsstamme eine Anwendung auf das von der Erbfolge ausgeschlossene weibliche Geschlecht. In so viele Linien der Mannsstamm des Geschlechts auch getheilet seyn mag, so stehet doch noch keine Tochter des Geschlechts durch die Geburt in einer Linie. Sie kann an dem Recht oder Vorrecht der Linie keinen Antheil weder gegenwärtig noch künftig gewinnen, weil die Linien während der Dauer des Mannsstammes in dem Geschlechte lediglich auf männliche Descendenten radiciret sind. Nur erst alsdenn, wenn der Mannsstamm ausgegangen ist, wird dem weiblichen Geschlechte das Successions-Recht eröffnet. Dieses ist die neue Epoche, in welcher nicht von dem Anfall der Succession von einer Linie auf die andere als welches die Existenz der Linien, mithin die darin zur Succession berechtigten Glieder der Linien voraussetzt, sondern von dem Anfall der Succession von dem Mannsstamm auf das bis dahin von der Erbfolge gänzlich ausgeschlossen gewesene weibliche Geschlecht, die Frage entsteht.

§. 10.

11 Sind diese auf der Natur und dem Wesen der Erbfolge nach dem Primogenitur-Recht bey dem Mannsstamme und bey dem weiblichem Geschlechte beruhenden Grundsätze, wie ich dafür halte, für richtig anzunehmen: so läßt sich der vorliegende Fall darnach leicht beurtheilen.

Auf den gesetzten Fall des tödtlichen Hintritts des jetzt regierenden Herrn Burggrafen stehen 1) sowohl die Frau Gräfin zu Wied, als die Gräfin Louise Isabelle, mit demselben in einer und zwar der nächsten Linie: weil sie sämmtlich von einem gemeinschaftlichen Stammvater, weiland Burggrafen Georg Friederich, als Vater des jetzt regierenden Herrn Burggrafen und der Frau Gräfin zu Wied und als Urgroßvater der Gräfin Louise Isabelle, abstammen.

Diese Linie ist die nächste und die einzige, welche bey dem ledigen Anfalle nach den in dem §. 8. ausgeführten Gründen in rechtlichen Betracht kommen kann, weil, so lange der Mannsstamm gestanden, die Töchter des Geschlechts zu keiner Linie des allein zur Erbfolge berechtigten Mannsstammes gehören. Soll irgend von dem Primogenitur-Rechte und von dem Rechte der Linien eine Anwendung bey dem Uebergange der Succession auf das weibliche Geschlecht gemacht werden: so kann es nur nach die-

dieser Analogie geschehen, daß, wie die männlichen Descendenten, als die zur Succession Berechtigten, die Linie, worin der Letzte vom Stamm gestanden, ausmachen, so auch die mit ihm vom gemeinen nächsten Stammvater abstammenden weiblichen Descendenten, als nunmehr zur Succession berechtigte, mit ihm zu einer Linie gerechnet werden. In diesem Betracht stehen beyde Gräfinnen mit dem jetzt regierenden Herrn Burggrafen in einer und eben derselben Linie.

Hingegen läßt es sich mit Bestand nicht behaupten, daß beyde in verschiedenen Linien, und zwar die Gräfin Isabelle in der Linie des Erstgebohrnen, und die Frau Gräfin zu Neu-Wied in der dritten Linie stehe. So gewiß es ist, daß bey stehendem Mannsstamme keine Linie andere, als männliche Descendenten enthält: so klar ist es a) daß die Gräfin Louise Isabelle als ein Glied der Linie ihres Herrn Großvaters und Vaters nicht angesehen, folglich auch derselben kein Recht der Linie beygelegt werden kann. Denn alles Vorrecht aus der Erstgeburt, was ihr Herr Großvater, als Erstgebohrner, gehabt, hat er bey noch stehendem Mannsstamme nur allein auf seine männliche, nicht aber auf die nach den Hausverträgen noch gänzlich ausgeschlossene weibliche Descendenz vererben können.

Diese Linie des Erstgebohrnen ist auch b) mit dem Absterben ihres Herrn Vaters völlig erloschen, und die Succession auf die zweyte männliche Linie gefallen. Daher kann die Gräfin Louise Isabelle auf ein Recht der Linie, zu welcher sie des Geschlechts halber nie gehört hat, und welche vor dem sich ereignenden ledigen Anfall bereits erloschen ist, mit einigem Anschein sich nicht beziehen.

§. 11.

Wenn also bey dem dereinst erfolgenden Hintritt des jetzt regierenden Herrn Burggrafen nur eine Art der Linie, und solche zwar bloß nach der Analogie des Primogenitur-Rechts anzugeben möglich ist, und dieses diejenige ist, worin die Frau Gräfin zu Wied und die Gräfin Louise Isabelle zugleich mit dem letzten vom Mannsstamme stehen: so entscheidet 2) das Vorrecht der Geburt in dieser Linie das Vorrecht der Erbfolge. 12

Die Ordnung der Geburt in der Linie ist nemlich der zweyte besondere Grund, worauf, ausser und neben dem Rechte der Linie, die Succession nach dem Primogenitur-Rechte beruhet. In dieser Linie, darin die beyden Gräfinnen mit dem letzten vom Manns-Stamm stehen, hat aber die Frau Gräfin zu Wied nach der Ordnung der Geburt das Vorrecht der Succession für sich.

Kann keine andere Linie, als diese Linie, bey dem Uebergange der Succession vom Mannsstamme auf das weibliche Geschlecht in rechtlichen Betracht kommen, so ist auch die Ordnung der Geburt in dieser Linie der einzige Grund, wornach der Vorzug in der Erbfolge zu bestimmen ist.

Für die Gräfin Louise Isabelle kann die Geburt aus der Linie des Erstgebohrnen zur Behauptung eines Vorrechts mit Bestand nicht angeführet werden. Sie ist zwar

vom Geschlecht des Erstgebohrnen, nicht aber aus der Linie des Erstgebohrnen: weil in dieser das Recht der Erstgeburt auf keine andere als männliche Descendenten, durch die Geburt gebracht werden können, und diese daher mit Absterben ihres Herrn Vaters erloschen ist.

§. 12.

13 Die vorangeführten Gründe kommen 3) völlig mit der Primogenitur-Ordnung, wie sie in der goldenen Bulle c. 7. und 25. festgesetzt ist, überein. In derselben sind drey Classen der Nachfolger, wie sie genannt zu werden pflegen, oder drey Hauptlinien bezeichnet.

Zuvörderst ist 1) vltimi defuncti filius primogenitus, 2) in dessen Ermangelung der mit dem letzten Besitzer von einem Stammvater abstammende älteste Bruder, unter der Benennung des fratris senioris, und weiter 3) der proximus consanguineus zur Succession nach dem Recht der Erstgeburt berufen. In jeder dieser Verordnungen ist die Bestimmung in Rücksicht auf den letzten Besitzer gemacht. Wie nun diese Primogenitur-Ordnung in den zur Zeit der goldenen Bulle schon gestandenen Churhäusern hat eingeführet werden sollen: so gibt sie gerade eine Analogie ab, wie bey dem ledigen Anfalle unter den vorhandenen und nunmehr zur Succession berufenen weiblichen Descendenten die Ordnung der Erbfolge zu bestimmen, und dabey auf deren Verhältniß gegen den letztverstorbenen vom Mannsstamme Rücksicht zu nehmen ist. Aus diesem Grunde gehet nun 1) die Tochter des letztverstorbenen allen übrigen vor: wenn 2) deren keine vorhanden ist, so fällt die vorzügliche Erbfolge auf des letztverstorbenen älteste Schwester, (sororem seniorem) und weiter 3) auf die nächsten Blutsfreunde. Auch dieser auf der Analogie der gesetzlichen Primogenitur-Ordnung beruhende Grund spricht also der Frau Gräfin zu Wied das Vorrecht in der Erbfolge zu.

§. 13.

14 Noch kömmt 4) der Frau Gräfin zu Wied die Analogie von einem ähnlichen auf sicherer Observanz beruhenden Successions- und Primogenitur-Falle zu statten, in welchem die Tochter des letztverstorbenen vom Mannsstamme ein Vorrecht der Erbfolge vor der von ihres Vaters ältestem Bruder abstammenden Tochter genießt: ohne daß die letztere wegen ihrer Geburt und Abstammung von dem Erstgebohrnen auf ein Vorzugs-Recht der Linie des Erstgebohrnen einen Anspruch machen kann. So ist nach Absterben des Kaisers Carls VI. die Succession im Hause Oesterreich auf dessen Tochter, die Kaiserin Maria Theresia, und nicht auf des ältesten Bruders Joseph nachgelassene Prinzessinnen Töchter gefallen: und in der deshalb unterm 6ten Dec. 1724 errichteten pragmatischen Sanction bestimmt der Kaiser die Successions-Ordnung erstlich für die Erzherzoginnen seine Töchter, zum andern für seines Bruders Töchter, die Erzherzoginnen, seine Niecen.

Gerade dieselben Gründe, welche für die Tochter des letzten vom Mannsstamm eintreten, kommen, wenn keine Tochter vorhanden ist, dessen Schwester zu statten, wenn

wenn diese mit des ältesten Bruders Tochter oder Enkelin concurriret. Die Ordnung der Geburt in dieser Linie begründet das Vorrecht der Schwester. Die Enkelin vom ältesten Bruder kann hergegen aus eignem Rechte ein Vorrecht der Geburt nicht anführen, auch solches aus der Linie ihres Vaters und Großvaters, davon sie nie ein Mitglied gewesen ist, so wenig gegen die Tochter des letzten Besitzers vom Mannsstamm, als gegen dessen Schwester begründen. Beyde Fälle beruhen in Ansehung dieser Umstände, worauf es allein ankömmt, auf einerley Rechtsgründen.

§. 14.

Wird endlich 5) der künftige Successions-Fall nach den gemeinen Rechten beurtheilet, so hat die Frau Gräfin zu Wied, als Schwester des Letzten vom Mannsstamme, aus den gemeinen römischen, aus den teutschen und aus den Lehnrechten die unstreitigen Gründe für sich, nach welchen demjenigen, welcher dem letzten Besitzer dem Grade nach der nächste ist, mithin zuvörderst dessen Tochter, und hiernächst dessen Schwester, das nächste Recht zur Erbfolge in Allodien und Weiberlehnen gebühret. 15

Die gemeinen Rechte in Ansehung der Successions-Ordnung behalten auch bey der Primogenitur-Ordnung in so weit ihre Kraft, als sie durch diese nicht geändert worden sind. Dies ist der Fall, wenn der Uebergang der Succession vom Mannsstamm auf das weibliche Geschlecht sich ereignet, weil es bey diesem an einer rechtlichen Bestimmung nach dem Primogenitur-Rechte ermangelt, und die Gründe von der Primogenitur-Folge nur nach einer Analogie angebracht werden können, diese aber zugleich durch die gemeinen Rechte unterstützt wird.

Weil auch überhaupt die gemeinen Rechte in den in der Primogenitur-Ordnung nicht bestimmten Fällen die sicherste Richtschnur geben, so entscheidet

Moser im Familien-Staatsrecht der Reichsstände C. 9. §. 58. S. 926.

diesen Successions-Fall bloß aus den gemeinen Rechten, und urtheilet,

> daß, weil es bey den Teutschen iuris ordinarii gewesen: je näher der Sippe je näher dem Erbe; diesem auch bey der Succession der Töchter nach Abgang des Mannsstammes nachgegangen werden müsse, bis gezeiget werden könne, daß in der Primogenitur-Ordnung ein anderes disponiret oder paciscirer worden sey.

§. 15.

Nach den bisher ausgeführten Gründen kann ad 1) der Gräfin Louise Isabelle nicht zu statten kommen, daß sie von dem Erstgebohrnen in dem gräflich Kirchbergschen Geschlechte abstammet. Durch die Geburt hat sie nur die Rechte des Geschlechts, nicht aber zugleich die Vorrechte der Linie des Erstgebohrnen erlangen können, denn die letztern gehen durch die Geburt auf keine andere als successionsfähige Descendenten. Dieses hat schon der Fall bewähret, da sie bey dem Absterben ihres Herrn Vaters von der Erbfolge ausgeschlossen worden, weil dessen Linie mit ihm ausgegangen ist. 16

Wenn

Wenn gleich eine Tochter des Geschlechts aus den Verträgen der Vorfahren ein ius succedendi euentuale durch die Geburt deshalb erlanget, weil dieses ein Geschlechtsrecht ist: so kann sie dennoch durch die Geburt weder ein Vorrecht der Linie, noch auch ein Vorrecht der Geburt erlangen: weil beydes die Successions-Fähigkeit zum Grunde haben muß.

§. 16.

17 Hiernächst ist zwar ad 2) unter dem zur Erbfolge berechtigten Mannsstamme der Satz gegründet, daß das Vorrecht der Succession nicht von der Nähe der Grade, sondern von dem Vorrecht der Linie und von der Geburt in der Linie abhänget. Es kann jedoch weder das eine noch das andere Vorrecht dem weiblichen Geschlecht bey stehendem Mannsstamme beygelegt werden.

Bey erfolgtem ledigem Anfall kann die Erbfolge nur diejenige vom weiblichen Geschlechte treffen, welche dem Letztverstorbenen vom Mannsstamm entweder nach der unmittelbaren Geburt, oder nach der Nähe der Grade, die nächste Blutsfreundin ist. Und diese steht mit ihm in der nächsten Linie Selbst die goldene Bulle C. 25. sieht bey der eingeführten Primogenitur-Ordnung zugleich auf die Nähe der Grade, und benennet fratrem seniorem vel consanguineum, qui paterno stipiti in linea descendente proximior fuerit.

§. 17.

18 Ad 3) ist die Behauptung des Anspachschen Hofraths Neumann überhaupt auf keine sichere Gründe gestellet: er handelt die Lineal-Folge in den auswärtigen Reichen aus gesammelten Beyspielen nach einerley Maaßstabe ab, ohne die besondern Quellen für die Bestimmung der Succession in jedem Reiche anzuführen.

Indem er 1) von dem Uebergange der Succession vom Mannsstamme auf das weibliche Geschlecht handelt; so ist dies die einzige Stelle, wo er ein Exempel aus dem teutschen Reiche anführet, und er behauptet dabey eben dasjenige, was ich bisher ausgeführet habe. In dem tr. de success. et hered. principum §. 62. p. 51. sagt er: Hinc, maribus deficientibus, successio linealis cognatica spectat ad feminam *proximam*, in eadem *cum defuncto* linea constitutam, prae reliquis, in diuersa, vtut seniori forsan linea constitutis, aut gradu proximioribus, earumque descendentibus tam maribus quam feminis. Hac ratione post Caroli VI. Imp. obitum in regnis et ditionibus hereditariis ipsi successit filia primogenita Maria Theresia, exclusis tum Iosephi filiabus, vtut linea seniori genitis, tum Bauariae Electore, qui seniori adhuc linea genitus erat.

2) Bey Gelegenheit einer andern Frage, die er in dem folgenden §. 63. erörtert: vtrum femina semel exclusa semper sit exclusa? bringt er dagegen die vorhin (§. 6.) angeführte Meinung an. Um auch diese zu erläutern, so ergibt diese Stelle, daß er darin ein im §. 57. aus der Aragonischen oder Castilischen Succession angeführtes Exempel auf das weibliche Geschlecht anwendet. Nach der Aragonischen Lineal-Folge dürfte das Beyspiel richtig seyn und die Entscheidung gelten, als welche diese besons

sondere Eigenschaft hat, daß die Töchter des Geschlechts vom Mannsstamme nicht ganz, sondern nur in der Linie, ausgeschlossen werden, und hinwiederum dem Mannsstamme in einer andern Linie vorgehen. Daher sind sie als zur Succession secundum quid berechtigte Glieder der Linie zu betrachten.

Wenn er also 3) in dem oben §. 6. angeführten Exempel das Vorrecht der Violanta so erkläret: Martino sine prole mortuo, cum de linea in lineam transeundum iam sit, praeferenda omnino Violanta ex seniori linea Eleonorae in iuniori constitutae, so nimmt er einen transitum successionis de linea in lineam an. Dieses gehet nach der Aragonischen Successions-Ordnung an, nach welcher jede Tochter das Recht in der Linie hat, mithin auch die Töchter unter sich den Vorzug der Linie gegen einander anführen können.

Nach teutschen Primogenitur-Rechten hingegen hat dieser transitus de linea in lineam nur unter dem Mannsstamme, so lange solcher vorhanden ist, statt. Da aber das weibliche Geschlecht, so lange einer vom Mannsstamme noch am Leben ist, von der Erbfolge gänzlich ausgeschlossen ist: so hat bey stehendem Mannsstamm keine Tochter ein Recht an der Linie. Bey dem Ausgang des Mannsstammes geschieht erst der Uebergang der Succession auf das weibliche Geschlecht: und daher ist der transitus de linea in lineam unstatthaft, weil keine Linie des weiblichen Geschlechts bisher vorhanden gewesen ist.

Wenn ferner 4) Neumann anführet: Cessat iam impedimentum, quod ipsi obstabat, nimirum sexus praerogatiua, et inhabilis ad successionem fuerat Violanta non simpliciter, sed in relatione ad Martinum: cum ex aduerso iam in relatione ad Eleonoram pari, qua haec, gaudeat succedendi habilitate, cui cum accedat lineae praerogatiua, omnino in lineali successione vincet Violanta Eleonoram; so kann solches aus der Aragonischen oder Castilischen Successions-Ordnung gerechtfertiget werden: weil die Linie Personen beyderley Geschlechts nach dem Vorzuge des Geschlechts in sich faßt, und die Töchter nur secundum quid durch den Mannsstamm in der Linie ausgeschlossen werden.

Dieses hingegen leidet auf die Primogenitur nach teutschen Rechten keine Anwendung, weil das weibliche Geschlecht nicht bloß dem Mannsstamm in der Linie nachgesetzt, sondern, so lange dieser im ganzen Geschlecht existiret, von der Erbfolge ganz ausgeschlossen ist. Bey noch stehendem Mannsstamme gehört das weibliche Geschlecht nicht zur Linie: und bey dem Abgang des Mannsstammes läßt sich eine ältere und jüngere Linie unter den weiblichen Descendenten nicht gedenken. 1779.

Num. 164.
RESPONSVM.

THEMA GENERALE.
De iuribus domus Palatinae in comitatum Saynensem.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Historia successionis in comitatu Saynensi narratur. n. 1.
Domus Palatina dominium directum comitatus Saynensis sibi vindicat. n. 2.
Rationes quibus iura sua tueri vult exponuntur. n. 3.
Comitatum Saynensem olim bonum patrimoniale domus Palatinae fuisse cum historia pugnat. n 4.
Significatus vocis *comicia* explicatur. n. 5.
Mutatio literarum inuestiturae ex errore facta nullam habet vim. n. 6.
Inuestituram ab electoribus Palatinis factam acceptatam esse contendunt Palatini. n. 7.
Filias et per filias descendentes iure proprio ad successionem peruenisse nec inuestituram Palatinam ius succedendi tribuere potuisse demonstratur. n. 8.
Ex capite amnestiae quoque dominium directum electori Palatino competere contenditur. n. 9.
Ea momenta quae ad consequendam restitutionem ex capite amnestiae desiderantur deesse vberius exponitur. n. 10.
Decisio. n. 11.

Rechtsgutachten.

§. 1.

1 Die Reichsgrafschaft Sayn Alten-Kirchenschen Antheils, welche zum Theil aus Erb- und Allodialstücken und zum Theil aus Lehen bestehet, enthält überhaupt vier Aemter, Alten-Kirchen, Freusburg, Friedewald und Bendorf, welche ungefähr 107 Dörfer und Ortschaften unter sich fassen. Von Chur-Cölln rühret das Schloß und Amt Altenkirchen nebst einigen Dörfern, von Chur-Trier das Schloß und Amt Freusburg nebst den Kirchspielen Kirchen, Fischbach, Gebertshahn und Daden, und von der Landgrafschaft Hessen-Darmstadt das Schloß und Amt Friedewald zu Lehn. Von Chur-Pfalz gehet kein einziger Ort dieses Antheils zu Lehn; gleichwohl hat Chur-Pfalz einen Lehns-Anspruch auf Sayn-Altenkirchen aus solchen Gründen herzuleiten gesucht, welche auf die ganze Grafschaft Sayn anwendbar seyn würden. Um diesen Anspruch, und den davon abhängenden Anspruch der Grafen von Witgenstein rechtlich beurtheilen zu können muß man in die älteste Geschichte der Grafschaft Sayn zurückgehen.

§. 2.

§. 2.

Von einer Lehns-Verbindung der Reichsgrafen von Sayn mit Pfalz findet sich vor dem 13ten Jahrhundert nicht die geringste Spur. Indessen verdient bemerkt zu werden, daß Eberhard und Heinrich, Grafen zu Sayn, schon im 12ten Jahrhundert ihr Schloß Sayn nebst einem dazu gehörigen District, welcher curia genannt wird, mit Ausnahme eines freyen Platzes, wo sie das Dienstmannen-Gericht unterm blauen Himmel zu halten pflegten, dem Erzstift Trier zu Lehn aufgetragen, und solches für ihre Erben beyderley Geschlechts hinwiederum zu Lehn empfangen haben. Der Erzbischof von Trier Hillinus bekennet in einer Urkunde vom Jahr 1152 in

Hontheimii historia dipl. Treuirensi tom. 1. p. 569.
in dem Gegenbericht der Reichsgrafschaft Sayn von 1742 lit. A.

quod Euerhardus et eius vxor, et Henricus fratres, Comites de Sayna, ad nos et ecclesiam nostram venientes, idem *castrum*, quod *Sayka* dicitur, et ipsam *curiam de Sayna* cum omni integritate et vtilitate, ad ipsam pertinente, excepto allodio, quod fuit Rorici, et Area quadam, quae Pomerium dicitur, in qua ministerialibus suis ad consequenda iura sua diem ponere possint, B. Petro et nobis vna manu et communi assensu dederunt, ita tamen, quod idem castrum cum curia in feodum de nostris manibus receperunt, eandem fidelitatem facientes, quam ligii homines facere consueuerunt. Die Belehnung geschah für die Verwandten beyderley Geschlechts: cuiuscunque vero sexus eis heres successerit, etsi non propinquior, qui de eorum cognatione fuerit, idem beneficium a nobis recipiet.

§. 3.

Schon mit Absterben Heinrichs des 2ten, eines Sohns des vorgenannten Heinrichs, ist im Jahr 1240 der Mannsstamm der Grafen von Sayn ausgegangen, und kraft einer von ihm gemachten Verordnung sind seine Lande an Lehn und Erbe, seiner Wittwe Mechtild zum Genuß, und den vier Söhnen seiner an den Grafen Johann von Sponheim vermählten Schwester Adelheid zur künftigen Succession ausgesetzt worden. Immittelst drangen noch bey dem Leben der Wittwe Mechtild die vier Grafen von Sponheim Johann, Heinrich, Simon und Eberhard im Jahr 1247 auf eine Art der Abtheilung. In der Theilungs-Urkunde

sub lit. D. in *Ludolfs* Nachricht von den Saynischen Landen p. 19.

erhielten sie unter andern zugetheilten Gütern viele Voigteyen und Gerichte, *Comiciam* de Hadamare, aduocatiam de Bunne et omnes aduocatias et *Comicias*, quas habuit auunculus noster, (Henricus II).

§. 4.

Diese vier Grafen von Sponheim sind auch 1) über die von väterlicher und mütterlicher Seite ererbten Herrschaften eine Todtheilung unter einander eingegangen. Dem Aeltesten unter ihnen, Johann, ist Sayn und Sponheim angefallen; und bey-

des unter dessen zwey Söhne dergestalt vertheilt worden, daß der älteste, Gottfried, der Stammvater aller jetzigen Grafen von Sayn, die Grafschaft Sayn, und der jüngste, Heinrich, die Grafschaft Sponheim für sich und ihre Erben beyderley Geschlechts erhalten haben. Es heißt in der Theilungs-Urkunde vom Jahr 1264.

sub lit. E. in *Ludolfs* Nachricht von Sayn p. 32.

Volumus etiam, quod tam pueri nostri, (Gotfridi) quam Henrici, legitimi si quos ipsum habere contigerit, vtriusque sexus — gaudeant praedictis bonis.

§. 5.

Unter Gottfried, Grafen von Sayn, findet sich die erste Nachricht einer Lehnsverbindung mit Pfalz: indem Ludewig, Pfalzgraf am Rhein, ihm das Gericht zu Sayn (comiciam Saynensem) im Jahr 1273 zu Lehn gereichet. Der Ausdruck des Lehnbriefes bezeichnet eine neue Belehnung:

> Dilecto fideli et consanguineo nostro, viro nobili, Gotefrido, Comiti Seynensi, propter suae probitatis merita et seruitia, quae nobis et heredibus nostris in posterum est facturus, comitiam Seynensem cum omnibus suis pertinentiis de nostra gratia liberaliter contulimus titulo feodali: exceptis possessionibus et bonis, quae Eberhardus, fidelis et affinis noster Comes de Sayn, dictus de Eberstein, patri nostro et nobis soluta et libera dimisit.

Ludolfs Nachr. von Sayn sub litt. G. p. 47.

Es mag seyn, daß Eberhard, einer der obgedachten vier Grafen von Sponheim, des Gottfrieds Vaters Bruder, mit dieser comicia schon belehnt gewesen sey, dieser auch einiges Land an Pfalz völlig abgetreten habe, wie aus dieser Urkunde zu schliessen ist: dennoch ist Gottfried von Sayn nicht kraft der vorhergegangenen Belehnung, die mit dem Absterben Eberhards erloschen, sondern in der Art eines neuen Lehns mit dieser comicia belehnet worden.

§. 6.

Unter den zwey Söhnen des Grafen zu Sayn, Gottfried, erfolgte im Jahr 1294 eine merkwürdige Abtheilung, durch welche der älteste Sohn, Johann, die ganze Grafschaft Sayn (totalem Comeciam Saynensem) und der jüngste, Engelbert, zu seiner Abfindung die halbe Herrschaft Homburg und Valendar in dem Maasse erhielt, daß er sie von seinem ältesten Bruder für sich und seine Erben auf ewige Zeiten zu Lehn tragen sollte, beyde auch darüber einander zwey Urkunden in

Ludolfs Nachricht von Sayn. lit. F. p. 33. und 39.

ausstellten, worin sowohl der älteste, Johann, mit Vorbehalt der Lehnsverbindlichkeit allem Recht auf des jüngsten Antheil und der jüngste, Engelbert, allem Recht auf seines ältesten Bruders Antheil, ohne einigen Vorbehalt auf ewig und mittelst Eides in folgenden Worten Verzicht leisteten: omni iure, quod nobis competit, vel quomodolibet competere videbatur in paterna ae hereditaria portione seu in totali Comicia Seynen-

Soynensi, tam de bonis habitis et habendis, quam etiam de omni iure, quod nobis competere iam possit vel etiam competere poterit in futuro plenam facimus renunciationem. Von solcher Zeit an sind beyde Linien, die des Johann und des Engelbert, in den Belehnungen und sonst gänzlich von einander abgesondert geblieben. Von diesem Engelbert, dessen Enkel Salentin die Grafschaft Witgenstein mit seiner Gemahlin, Elisabeth, im Jahr 1357 erlangte, stammt das jetzige Haus der Grafen von Witgenstein ab.

§. 7.

Durch diese Vertheilung fiel die von Pfalz zu Lehn gehende so genannte comicia Saynensis auf die Linie des Johanns. Die sowohl damahls, als in dem folgenden Jahrhundert ertheilten Lehnbriefe und Lehns Reverse hat Chur-Pfalz bekannt zu machen Bedenken getragen. In den am Ende des 14ten Jahrhunderts in teutscher Sprache ausgestellten Lehns Reversen zeiget sich aber eine beträchtliche von dem ersten Lehnsbriefe (§. 5.) sehr abweichende und in den folgenden Lehns-Reversen immer wieder aufgenommene Veränderung. Johann, Graf von Sayn, ein Enkel des ersten Stifters dieser Linie, bekennet in dem Lehns-Reverse vom Jahr 1398,

> die ganze Grafschaft von Sayne mit ihren Schlössern, Landen und Rechten, ausgenommen das Schloß und Land Freusburg,

von der Pfalz zu Mannlehn zu tragen. Diederich, Graf von Sayn, ein Enkel des eben genannten Johanns, bekennet in einem Lehns-Reverse vom Jahr 1450,

> die ganze Grafschaft zu Sayn mit Mannschaft, Lehnschaft, Schlossen, Landen, Leuten und Zubehörungen, ausgenommen das Schloß und Land zu Freusburg,

zu rechten Mannlehen für sich und seine Mann-Lehns-Erben empfangen zu haben. Von gleichem Inhalte sind die von Gerhard, Grafen zu Sayn, a. 1477 und 1496, von Johann, 1506, 1509, 1540 und 1546, von Adolf, a. 1561, von Sebastian und Hermann, a. 1572 und 1577, von Heinrich und Hermann, a. 1524 und von Heinrich 1593 ausgestellten Lehnsreverse, welche in dem von Seiten Chur-Pfalz a. 1661 herausgegebenen

> Bericht, daß die ganze Grafschaft Sayn Chur-Pfälz. Mannlehn sey p. 9. sub lit. B.

vollständig abgedruckt sind.

§. 8.

Bey dem am Ende des 16ten Jahrhunderts sich nähernden Ausgang des Mannsstammes in der Johanns Linie entstand in dem gräflich Saynischen Hause die merkliche Epoche, in welcher Erb- und Lehngüter auf die weiblichen Descendenten fielen. Graf Heinrich von Sayn, der letzte vom Mannsstamm, war unbeerbt, und von seinem verstorbenen Bruder, Hermann, war die einzige noch unvermählte Tochter, die Gräfin Anne Elisabeth, und von seinem Bruder, Adolf, die an den Grafen von Sulz vermählte Gräfin Dorothee Catharine noch am Leben.

In der Engelbertischen Linie lebte damals Ludewig, Graf von Witgenstein, ein in Staatssachen erfahrner Mann, und Groß Hofmeister am Churpfälzischen Hofe, dessen ganze Absicht auf die Succession in der Grafschaft Sayn gerichtet war. Dieser brachte im Jahre 1591 die Vermählung seines mittlern Sohnes, Wilhelm, mit der gräflichen Erbtochter, Anne Elisabeth, zu Stande. In der Heyrathsverschreibung

in Ludolfs Nachricht von der Reichsgrafschaft Sayn sub Lit. Q. n.

wird gedachter Gräfin nach Abgang des Mannsstamms der freye Zugang zu dem ihr gebührenden Erbtheil an der Grafschaft Sayn an eigenthümlichen Gütern und Erblehn vorbehalten. Inmittelst suchte der Graf Ludewig von Witgenstein noch bey dem Leben des Grafen von Sayn, Heinrich, alle mögliche Wege einzuschlagen, die Succession in der Grafschaft Sayn nicht bloß auf seinen Sohn Wilhelm, sondern zugleich auf sein ganzes Haus zu bringen. Die Versuche, welche Graf Ludewig vom Jahr 1588 an bis zum Jahr 1606 durch eine entworfene jedoch unvollzogene Erbverbrüderung, durch eine bey dem Grafen von Sayn, Heinrich, veranlaßte testamentarische Verordnung und Erbeseinsetzung und besonders durch eine bey dem Churpfälzischen Hofe nachgesuchte Eventual Belehnung gemacht, welche er im Jahre 1594 für sich und demnächst für seinen Sohn, Wilhelm, und auf dessen unbeerbten Abgang für seine übrigen Leibes-Erben erhalten

Ludolfs Nachricht von Sayn in Anlage sub lit. S. et T. p. 95.

und die unglücklichen Unruhen, welche dadurch der Grafschaft Sayn, noch bey dem Leben Heinrichs, Grafen von Sayn, durch die von Churpfalz wiederrechtlich unternommene Sequestration zugezogen worden, beschreibt

Moser in dem Staatsrechte der Reichsgrafschaft Sayn §. 17-54.

ausführlich. Dabey ist sonderbar, daß, als Graf Ludewig von Witgenstein bey Churpfalz um die Eventual-Belehnung mit der Grafschaft Sayn nachgesucht, man selbst am Lehnhofe nicht gewußt hat, was von der Grafschaft Sayn eigentlich zu Lehn gehe.

In der Churpfälzischen Resolution vom 2ten April 1593 wird deshalb dem Grafen Ludewig von Witgenstein aufgegeben:

nach bestem Vermögen daran zu seyn, daß alles dasjenige, so mehr ermeldeter Grafschaft Sayn wegen Churpfalz lehnrührig ist, eigentlich erkundiget und remittiret werde,

Gegenbericht der Reichsgrafschaft Sayn in Anlage sub lit. Y. p. 42.
Moser l. c. §. 21.

Und da Graf Ludewig von Witgenstein eine Erklärung von Churpfalz begehrte,

Ob? Wie? und welchergestalt in specie um was für (Saynische) Stücke er bey Chur Trier, Cölln und Jülich Eventual-Belehnung suchen solle?

erlangte er mittelst eines Rescripts von Friederich, Churfürsten von der Pfalz, diesen Bescheid:

darauf

darauf wir dir hiemit beantwortlich zu vernehmen geben, daß wir noch zur Zeit, alldieweil dieser Puncten unerörtert schweben thut, nichts eigentlich specificiren kunten, mögen aber wohl leiden, daß du an gemeldten Orten um Belehnung ansuchest, und was dir wird bewilliget und verliehen werden, dergestalt würklich empfangest, daß uns jedoch dadurch an unsern habenden Rechten und Gerechtigkeiten nicht präjudiciret noch benommen seyn soll.

Gegenbericht l. c. sub lit. X. p. 41.
Moser l. c §. 36.
Ludolf Nachricht von Sayn in Anlagen sub lit. X. p. 102.

Als endlich Graf Heinrich von Sayn unbeerbt verstarb, fiel die Grafschaft Sayn an Graf Wilhelm von Witgenstein und zwar nicht vermöge der Churpfälzischen Eventual Belehnung, sondern wegen seiner Gemahlin, als Saynischen Erbtochter. Schon im Jahre zuvor, im Jahre 1605, hatte ihm Heinrich, Graf von Sayn, die Grafschaft Sayn abgetreten und die Unterthanen an ihn verwiesen, jedoch in einer besondern vor einem Notarius errichteten Urkunde vom 3ten Jul. 1605 in

Ludolfs Nachricht von Sayn sub lit. B. p. 120.

die Erklärung gethan,

daß dieser Uebertrag der Grafschaft Sayn an Lehn und Erbe ausser den Pfälzischen Lehen, so weit sich diese erstrecken dürften, nur auf Graf Wilhelm von Sayn, von wegen dessen Gemahlin, der Gräfin Anne Elisabeth und der mit ihm erzielenden Kinder gemeinet sey.

Graf Wilhelm hatte auch Namens seiner Gemahlin mit der zweyten Saynischen Erbtochter, der Gräfin von Sulz, Dorothee Catharine, im Jahr 1603 einen Vergleich errichtet, in welchem diese ihm alle Rechte auf die Grafschaft Sayn an Erblehn und Allodial-Gütern abtrat, und dagegen die Herrschaften Monckler und Meinsberg nebst einer Summe Geldes von 80000 Fl. zur völligen Abfindung annahm.

§. 9.

Von der gräflich Saynischen Erbtochter Anne Elisabeth und von deren Gemahl, dem Grafen Wilhelm von Witgenstein, stammen die weiblichen Descendenten ab, welche das Recht an der Reichsgrafschaft Sayn behaupten; so wie hingegen Graf Georg von Witgenstein, des Grafen Wilhelm ältester Bruder, dem die Grafschaft Witgenstein zufiel, die gräflich Witgenstein Berleburgische Linie stiftete. In allen öffentlichen Rechts Angelegenheiten, welche Graf Wilhelm an dem kaiserlichen Reichshofrathe und an den Lehnhöfen wegen der Grafschaft Sayn zu verhandeln hatte, begründete er seine Ansprüche bloß auf die Gerechtsame seiner Gemahlin, und als diese im Jahr 1608 verstarb, nannte er sich einen Administratorem der gräflich Saynischen von seiner Gemahlin gekommenen Güter.

Saynischer Gegenbericht Cap. 21.

In

In dieser Ehe erzeugte er nur einen Sohn, den Grafen Ernst, und zwey Töchter, die beyden Gräfinnen und berühmten Erbtöchter Joannette und Ernestine: und mit dem Tode seines Enkels des unmündigen Grafen Ludewig erlosch schon wieder in der neuen Linie der nur angefangene Mannsstamm. Immittelst hatte Graf Wilhelm sich zum andernmahl mit der Gräfin Anne Ottilie von Saarbrücken vermählt, und von dieser drey Söhne Philipp Wilhelm, Ludewig Albrecht, und Christian hinterlassen, unter welchen demnächst besonders der Graf Christian, dem dessen Brüder ihr vermeintliches Recht an der Grafschaft Sayn abgetreten, den rechtmässigen Erb- und Lehnsfolgern aus der ersten Ehe durch eigenmächtige Occupation des Amts Altenkirchen und anderer Stücke der Grafschaft Sayn während des 30jährigen Krieges viel Drangsale zugefüget: weshalb in dem Westphälischen Frieden Art. 4. §. 36. der Wittwe des Grafen Ernst von Sayn, der Gräfin Louise Juliane, als Vormünderin der beyden Erbtöchter, Joannette und Ernestine, die völlige Wiedereinsetzung zugebilliget worden.

§. 10.

Die mittelst des Westphälischen Friedens erkannte Restitution, welche gegen den Grafen Christian durch Erkenntnisse des kaiserlichen Reichshofraths verfügt worden, suchte Chur-Pfalz durch eine auf ein vorgebliches Oberlehns-Eigenthum an der Grafschaft Sayn gegründete Intervention zu vereiteln, jedoch wurde dieses Suchen durch ein Conclusum des kaiserlichen Reichshofraths vom 3ten März 1661 in

Ludolfs Nachricht von Sayn in Anlagen sub lit. Nn.

vereitelt, worin zugleich gegen Graf Christian eine paritoria wegen Abtretung des Schlosses, der Stadt und des Amtes Altenkirchen und der übrigen den gräflich Saynischen Erbtöchtern abgenommenen Lande erkannt ist, und nach geleisteter Parition die behauptete Lehnfolge in petitorio auszuführen vorbehalten, auch commissio ad exequendum auf den Bischof von Münster durch das Conclusum des Reichshofraths vom 17ten Aug. 1661 verfügt wurde,

Moser in Staatsrecht von Sayn C. 2. §. 148.

Bey diesen conclusis behielt es auch der von Chur-Pfalz und von Witgenstein dagegen eingewandten Revision ungeachtet, vermöge eines kaiserlichen Reichshofraths-Conclusums vom 6ten May 1664 sein Bewenden, und Graf Christian ward auf das von den Saynischen Erbtöchtern übergebene Verzeichniß der zuerkannten Früchte, Schäden, und Kosten zu handeln, und die aufgelaufenen Kosten der Executions-Commission zu erstatten, durch ein Conclusum vom 11ten Oct. 1674 schuldig verurtheilt.

Moser a. a. O. §. 156. 167.

Alle diese Kosten liegen, wie Moser §. 171. bemerket, der Witgensteinischen Linie, als ein annexum possessorii, noch bis jetzt zur Last, ehe dieselbe das vorbehaltene petitorium anzustellen vermag: und die Forderung an Früchten und Kosten soll nach dem eignen von Chur-Pfalz an Preußen 1741 abgelassenen Schreiben bey

Mo-

Moser l. c. §. 261. p. 275.
eine Summe von 245596 Fl. betragen.

§. 11.

Nach erfolgtem Absterben Kaisers Carls des Sechsten suchte Graf Friederich von Witgenstein für sich und im Namen seiner Vettern, bey dem Rheinischen Reichs-Vicariat-Hofgerichte zu Augsburg den 20ten Jan. 1741 eine Ladung gegen den Herzog von Sachsen-Eisenach Wilhelm Heinrich und gegen den Grafen zu Kirchberg wegen der Succession in der Grafschaft Sayn im possessorio ordinario et petitorio auszubringen: und es erging die erbetene Ladung mittelst Conclusums Augsburg den 20ten Febr. 1741 jedoch dergestalt, daß den Beklagten die in puncto nondum factae plenariae restitutionis habenden Einwendungen unbenommen seyn sollten.

Als indessen in eben demselben Jahr der Herzog von Sachsen-Eisenach Wilhelm Heinrich den 26ten Jul. unbeerbt verstarb, und der Marggraf von Brandenburg Ansbach vermöge des aus dem Testament der gräflich Saynischen Erbtochter Joannette vom Jahr 1685 ihm zustehenden Rechts der Landesfolge so fort am 27. Jul. den völligen Besitz der Grafschaft Sayn Altenkirchenschen Antheils ergriff: so wandte Chur-Pfalz alles an, um die alten Ansprüche auf die ganze Grafschaft Sayn, so wohl Hachenburgischen als Altenkirchenschen Antheils, durch angebrachte Vorstellungen an den churfürstlichen Höfen, und nachher durch gewaltsamen Einfall in die Grafschaft Sayn geltend zu machen; es ward jedoch solches durch die von den churfürstlichen Höfen eingelegten Gegenvorstellungen und kräftigen Abmahnungen von Thätlichkeiten, und zuletzt durch das auf Erkenntniß des Reichshofraths vom 11ten April 1742 von Kaiser Carl dem 7ten für die Grafschaft Sayn, Altenkirchenschen Antheils erlassene Protectorium in dem Maaße abgewandt, daß im Jahr 1744 der Ruhestand wieder hergestellet wurde.

Moser a. a. O. Cap. 2. §. 249. bis 302.

§. 12.

Der Anspruch, den Churpfalz auf die Grafschaft Sayn macht, betrifft das Oberlehns-Eigenthum an der ganzen Grafschaft, sowohl Hachenburgischen als Altenkirchenschen Antheils, sammt ihren Mannschaften Lehenschaften Schlössern, Landen, Leuten Rechten und Zubehörungen als an einem Churpfälzischen Mannleben. Dabey sucht Churpfalz zu behaupten, daß es in possessione vel quasi dominii directi et inuestiendi masculos, und dessen männliche Lehnleute in possessione dominii vtilis bis in den dreyßigjährigen Krieg geblieben und vermöge des Westphälischen Friedens wiederum darin zu restituiren sey. Der von Churpfalz deshalb im Jahre 1661 bekannt gemachte kurze Bericht rc. enthält die Ausführung dieser Gründe; und von Seiten der Grafen von Sayn ist solcher in dem

im Jahre 1664 gedruckten wahrhaften Gegenberichte

beantwortet worden. Beyde Schriften sind im Jahre 1742 bey dem erneuerten Suc-cessions-Streite von neuem abgedruckt, und aus beyden ist ein kurzer Auszug in den

Selectis iuris publ. nouiss. Part. IX. c. 13.

eingerückt worden. Im Jahr 1744 erschien noch im Druck ein

rechts gegründetes Bedenken, daß den Grafen von Witgenstein wegen ihrer Prätension, so sie auf die Reichsgrafschaft Sayn machen, nondum plene liberato spolio et solutis expensis keine rechtliche Action zustehe rc.

wovon der Reichshofrath von Senkenberg der Verfasser ist; und welches Moser in

die Beyträge zum neuesten Staatsrecht und Staats-Historie Teutsch-lands Theil 1. C. 4.

einrücken lassen.

§. 13.

3 Chur-Pfalz führt nun zum Hauptgrunde seines gemachten Anspruchs vornemlich an: es sey A) die ganze Grafschaft Sayn seit dem 10ten Jahrhundert ein Patrimonial-Gut der Pfalz-Grafschaft am Rhein gewesen; sie sey hierauf B) vom Pfalzgrafen Ludwig im Jahre 1273 dem Grafen Gottfried von Sayn ex mera gratia zu Lehn verliehen, und diese Verleihung sey C) seit dem in der Person des ältesten Sohns des gedachten Grafen Gottfried und dessen männlicher Descendenten zwey und zwanzigmahl dergestalt erneuert worden, daß dadurch die Grafschaft Sayn mit allen Schlössern Mannschaft, Lehnschaften Landen und Leuten zu Lehn verabreicht sey, wie solches die

in dem kurzen Berichte sub litt. A. et B.

enthaltenen Lehn-Reverse ergäben.

§. 14.

4 Wenn man A) den ohne allen Beweis angenommenen Satz, daß die Grafschaft Sayn ein Patrimonial-Gut der Pfalzgrafschaft am Rhein gewesen sey; mit dem Zustand in Vergleichung setzt, in welchem selbige, mehr denn hundert Jahr vor der ersten Pfälzischen Belehnung nach sichern Beweisen gestanden, so fällt die Unrichtigkeit dieser völlig unerwiesenen Angabe deutlich in die Augen.

Schon im 12ten Jahrhundert nemlich im Jahr 1152 trugen 1) die Grafen von Sayn, Eberhard und Heinrich der erste, das castrum, quod dicitur Sayna et curiam de Sayna dem Erzbischof zu Trier Hillenus zu Lehn auf (§. 2). Dieses Schloß ist als das Stammhaus dieser Grafen zu betrachten. Nach der Sitte der damaligen Zeiten nannten sich die Grafen und Dynasten nach ihren Schlössern, so wie bekanntlich in Bayern und in der Pfalz der Graf von Scheyern Otto und mit ihm seine Nachkommen nach 1124 von dem von ihm erbaueten Schloß Wittelsbach benannt worden sind.

Tölner in hist. Palat. p. 267.

Obgleich in der Lehn-Auftrags-Urkunde (§. 2.) sonst keine Lande der Grafen von Sayn angeführt sind; so liegt doch zugleich darin ein deutlicher Beweis der ihnen da-

mals

mahls zugestandenen Herrschaft, indem sie sich in der curia in Sayna eine aream vorbehalten, in welcher sie über ihre Dienstmannen Gericht gehalten.

Die Succession in der Grafschaft Sayn geschah 2) zu solcher Zeit wie in Erb- und Eigenthums-Gütern, und die Grafschaft fiel im Jahr 1240 an die Grafen von Sponheim, indem sich die Gräfin Adelheid von Sayn, eine Schwester des Grafen Heinrich des 2ten, des letzten vom Mannsstamm, mit Johann Graf von Sponheim vermählte (§. 3).

Gedachter Graf Heinrich hatte 3) eine testamentarische Verordnung so gut über seine Lande als über sein Erbgut unter seiner Wittwe Hedwig und unter den 4 Söhnen seiner Schwester Adelheid errichtet (§. 3.). Diese war die Grundlage der im Jahr 1247 unter ihnen getroffenen Vertheilung, bey welcher sie über die darin benannten Schlösser Lande Voigteyen und Gerichte, wie über ihr Erbgut disponirten.

Ein jeder von den vier Grafen von Sponheim wurde 4) mit Gütern am Rhein und an der Mosel abgefunden, und der älteste unter ihnen, Graf Johann, erhielt beyde Grafschaften Sayn und Sponheim. Unter seinen zwey Söhnen wurde wiederum im Jahr 1264 eine Erb-Vertheilung getroffen (§. 4.) und dem ältesten, Graf Gottfried die Grafschaft Sayn und dem jüngsten, Graf Heinrich, die Grafschaft Sponheim, einem jeden für sich und seine Erben beyderley Geschlechts zugetheilet.

§. 15.

Da alles dieses vor dem Jahr 1273 erfolgte: so ist es B) nicht möglich, daß die comitia Seynensis cum omnibus suis pertinentiis, welche der Pfalzgraf am Rhein Ludewig dem Grafen Gottfried von Sayn im Jahr 1273 ex gratia et liberalitate verliehen (§. 5.), die Grafschaft seyn kann, in so fern dadurch der Inbegriff der Herrschaften und Lande, so Graf Gottfried damahls besessen, angedeutet werden soll. Eine zu Lehn gereichte comicia deutet nach dem hergebrachten Sprachgebrauche der damaligen Zeiten das Gerichts- und Grafen-Amt oder die Gerichtbarkeit über einen gewissen Ort an. Die Pfalzgrafen am Rhein, welche als erste Hofrichter Namens des Kaisers und des Reichs, besonders in der Rheinischen Provinz die Gerichtbarkeit führten, haben sie unter dem Nahmen einer Comicia zu Lehn verliehen. Es bemerkt daher

Hertius in notitia regni Franc. cap. 5. §. 54. vol. 11.

quod comites Palatini ius suum, quod nomine imperii exercebant in principatibus et comitatibus aliorum procerum, vocauerint comiciam vel cometiam, und

Buder in diss. de feudo iurisdictionis §. 26. in opusc. p. 584.

rechnet das feudum comitiae sowohl als das feudum aduocatiae unter die feuda iurisdictionis, und erkläret davon die in Frage stehende Pfälzische Urkunde. Er schreibt: Feudum iurisdictionis fuit comitia Saynensis die Grafschaft von Sayn, quam electores Palatini, qui tales comitias etiam aliis vicinis comitibus tanquam supremi Regii Palatii et regni iudices, per modum subfeudi contulerunt, comitibus Seynensibus dederunt.

Diese hergebrachte Bedeutung des Worts comitia erhärten 1) die Urkunden der damahligen Zeiten. In einer Urkunde vom Jahr 1254 in

Gudeni Cod. dipl. tom. 1. p. 640.

verspricht der Erzbischof von Mainz dem Markgrafen von Meißen zu lehn zu reichen, officium Mareschalci et comitias in Siebenleyben Schonreflede, et minorem comiciam in Mittelhusen. In einer Urkunde vom Jahr 1263

ibid. p. 703.

bekennt die Landgräfin von Hessen Sophie, zu Lehn empfangen zu haben comiciam siue Landgericht Hassiae, et omnes decimas comiciae ipsius. Graf Friederich von Beichlingen gab dem Abt zu Corvey laut einer Urkunde vom J. 1255 in

Originib. Guelf. tom. IV. p. 540.

comitiam super XXXV. mansis. Eine reiche Sammlung von ähnlichen Beweisthümern gibt

Io. Heumann in diss. de vera vocis comiciae significatione, Altorf 1750.

In gleicher Bedeutung wird der teutsche Ausdruck Grafschaft gebraucht, wovon

Haltaus in gloss. germ. p. 748.

Zeugnisse liefert. In diesem Verstande verordnet Kaiser Carl der Vierte in einer Urkunde in

Ioannis spicilegio tabularum N. XIX. p. 58.

quod omnes et singulae iurisdictionum sedes, seu *comiciae liberae*, quae vulgariter *Freygraffschaft* vel Stillegericht vocantur, pertinuerint ad ecclesiam Coloniensem — et quod nullus homo seu quaecunque persona quamcunque *comiciam* liberam praeter Archiepiscopi Coloniensis voluntatem habere, nec aliquis Frygrauius seu comes ad eam admitti debeat, seu eius praetextu iurisdictionem aliquam exercere.

Besonders wird 2) diese Bedeutung des Ausdrucks comicia aus der Abtheilungs-Urkunde der Grafen von Sayn vom Jahr 1247 erhärtet, wo die Grafen zu ihrem Antheil erhielten comitiam de Hadamare, et aduocatiam de Bunne et similiter omnes aduocatias et comitias, quas habuit auunculus noster (§. 3). Durch die hier benannten comitias kann anders nichts als die über einen District zustehende Gerichtbarkeit angedeutet seyn.

3) Nicht die geringste Spur von der Verleihung eines Landes kommt in dem Lehnbriefe von 1273 vor. Quicunque vero, vocabulo *comitiae* auxiliante, sibi territorium quoddam vindicare studet, is significationis probandae onus suscipere debet, et argumenta contraria refellere

Heumann in cit. diss. §. 34.

4) Es streitet auch mit den ältern deutlichen Urkunden, unter der comitia Seynensi die ganze Grafschaft Sayn verstehen zu wollen, weil diese den Grafen von Sayn längst vor dieser Pfälzischen Belehnung zugehört hat,

5)

5) durch den Ausdruck *cum omnibus pertinentiis* kann die Churpfälzische Absicht nicht unterstützt werden. Was für Pertinenzen dazu gehöret, hat Churpfalz noch nie anzugeben vermogt. Und wie kann ein Inbegriff von Landen, welcher eine Grafschaft ausmachen soll, unter die Pertinenzen derselben gerechnet werden. Betrachtet man vollends die ansehnlichen Lande, welche die Grafen von Sayn zum Theil als Erb- und Allodial-Eigenthum, zum Theil als Reichslehn, zum Theil als Trierische, Cöllnische Hessische und Jülichsche Lehen besessen und noch nachher acquirirt haben, wie solche in Ludolfs Nachricht von Sayn S. 21. bis 26. bemerkt sind, so können diese ihrer Art und Eigenschaft nach, unter der Comitia Seynensi unmöglich begriffen seyn.

§. 16.

C) Die in den jüngern Churpfälzischen Lehns-Urkunden erfolgte Veränderung, in welchen die Belehnung mit der comitia Seynensi durch den teutschen Ausdruck, mit der ganzen Grafschaft in oder zu Sayn mit ihren Schlössern, Landen, Leuten und Zubehör, oder wie die nachherigen lauten, mit Mannschaft, Lehenschaften, Schlossen, Landen, Luten und Zubehörungen übersetzet, und die neue Eigenschaft eines Mann-Lehns und der Mannlehns-Erben hinzugefügt worden, ist in allem Betrachte für eine Folge eines Irrthums und deshalb für unnachtheilig zu betrachten.

Man kann nicht ausser Acht lassen, daß Churpfalz die ältern Lehnbriefe, die nach dem Absterben des Grafen Gottfried von Sayn im Jahr 1287 dessen Sohn Johann, dem Stifter der Johannschen Linie, und nach dessen Tode im Jahr 1324 seinem ältesten Sohne, Gottfried, ertheilet sind, noch nie bekannt gemacht hat. Der Bruder des leztern, Graf Johann, ist von Kaiser Ludwig dem Bayern im Jahr 1327 belehnet:

Ludolfs Nachricht von Sayn in den Anlagen sub lit. I. p. 57.

Der Kaiser reicht darin dem Graf Johann von Sayn omnia feuda, quae nobilis vir Gotofridus, quondam Comes de Seyn, frater tuus, a nobis ratione comitatus Palatini Reni in feodum habuit, et specialiter quatuor comitatus Sulmez, Vieremburg Bilstein et Eberstein. So bestimmt der leztere Ausdruck in Ansehung der verliehenen benannten vier Grafschaften ist, so unbestimmt ist der auf die von Sayn wegen inne habenden Lehen, welche nur beziehungsweise feuda genannt werden, quae frater tuus ratione comitatus Palatini Rheni in feudum tenuit. Sollte nicht die Grafschaft Sayn eben sowohl benannt worden seyn, als die übrigen bemerkten Grafschaften, die nicht comitiae, sondern comitatus genannt werden. Die Verbindung der Belehnung mit den Saynischen Lehen und mit den benannten vier Grafschaften, welche in einem Lehnbriefe und in einem Lehns-Reverse geschehen ist, scheint die erste Veranlassung zu der uns bemerkten Veränderung bey der Uebersetzung der comitiae Saynensis in die ganze Grafschaft Sayn gegeben zu haben. Sie kann jedoch nicht zum Grund gelegt werden, um darauf ein oberlehnherrliches Recht an der ganzen Grafschaft Sayn zu bauen;

Es ist 1) ein auf den ersten Rechts-Gründen beruhender Satz, daß die erste Belehnung den Grund aller nachher erneuerten Belehnungen abgibt: und daß eine Ver-

änderung in den wesentlichen Stücken des Lehns, die sich in den erneuerten Lehnbriefen findet, anders nicht als aus gutem Vorbedacht und vermöge einer wahren und rechtsbeständigen Abrede getroffen werden könne, daß mithin, so ferne es daran mangelt, eine jede in den Lehnbriefen vorkommende Veränderung für eine aus Verstoß und aus Irrthum erfolgte Veränderung zu halten sey. Dieser von allen Rechtslehrern angenommene Satz ist selbst in den Churpfälzischen Rechts-Angelegenheiten von

Io. Ioach. de Rusdorf in vind. causae Palatinae p. 35, 40 et 141.

mit Bestand behauptet worden.

2) Der in den Churpfälzischen Lehnbriefen über die comiciam Seynensem eingetretene Verstoß ist zuerst in den teutschen Lehnbriefen und Lehns-Reversen enthalten, worin, als bloß in einer Uebersetzung der ältern Lehnbriefe, der Ausdruck Comitia Seynensis in die Grafschaft zu Sayn verwandelt, und ungeachtet auch dieser Ausdruck, so fern er die Gerichtbarkeit zu Sayn andeuten solle, statthaft bleiben können, dennoch durch den Zusatz mit Schlössern, Landen und Leuten in der Bedeutung eines comitatus angenommen und durch die Verbindung mit andern zu Lehn gegebenen Grafschaften, zur Bezeichnung einer förmlichen Grafschaft gebraucht worden. Lehnherr und Vasallen haben durch diese grammatisch falsche Uebersetzung in einen unschuldigen Irrthum um so leichter versetzt werden können, als der Mangel einer richtigen Kenntniß der Sprache in den damaligen Zeiten nicht ungewöhnlich, sondern sehr allgemein gewesen. Selbst am Churpfälzischen Lehnhofe hat man daher noch im 16ten Jahrhundert nicht anzugeben vermogt, was unter der zu Lehn gereichten Grafschaft Sayn begriffen und verstanden werde. Man gab daher damals dem Grafen Ludewig von Witgenstein selbst auf, deshalb genaue Erkundigung einzuziehen. (§. 8.)

So sichtbar dieser Verstoß ist, so wenig hat solcher 3) durch die Länge der Zeit von fast zwey Jahrhunderten und durch die wiederholentlich ausgestellten gleichen Reversbriefe einen Rechtsbestand gewinnen können. Es machen zwar die Rechtslehrer in dem Fall, da ein Lehn-Mann die ihm nachtheilige Aenderung gewußt und ihr binnen 30 Jahren nicht wiedersprochen hat, eine Ausnahme von obgedachter Rechtsregel

Struben rechtl. Bedenken Theil II. Bed. 137.

Jedoch diese Ausnahme setzt erstlich eine wahre stillschweigend ertheilte Einwilligung voraus; und es wird deshalb erfordert, daß der Lehnmann den Verstoß gewußt, und dennoch dazu so lange Zeit stille geschwiegen habe. Dergleichen Einwilligung läßt sich aber bey der Unwissenheit des vorgefallenen Irrthums nicht annehmen, und dies ist hier der Fall, da die Grafen von Sayn die einmahl ausgestellten Lehns-Reverse in gleicher Form, in gleicher Unwissenheit und in gleichem Irrthum auszustellen fortgefahren sind. Ein beständig fortdauernder Irrthum schließt aber auch eine Einwilligung auf beständig aus.

Noch weniger hat zweytens die aus Irrthum geschehene Churpfälzische Belehnung andern Lehnherrn, von welchen verschiedene Stücke der Grafschaft Sayn zu Lehn

Lehn gegangen, und eben so wenig den Descendenten weiblichen Geschlechts in der Johannschen Linie nachtheilig werden können, als welche ein vollkommenes Erbfolge-Recht aus den alten Geschlechts-Verträgen an der Grafschaft Sayn erworben haben, (§. 2. 4. 6.) in Ansehung dessen sie jedoch nicht eher als nach Ausgang des Mannsstamms in der gräflich Saynischen vom Graf Johann abstammenden Linie zu klagen vermogt haben.

§. 17.

II. Noch einen besondern Grund des Anspruchs sucht Churpfalz aus derjenigen Epoche herzuleiten, wo der Mannsstamm in der Johannschen Linie des gräflich Saynischen Hauses ausgegangen ist. Churpfalz bezieht sich deshalb auf die dem Grafen Ludewig von Witgenstein von der Engelbertischen Linie für ihn und seine Mannlehns-Erben im Jahr 1594 ertheilte Eventual-Belehnung und auf die darauf im Jahr 1605 erfolgte Haupt-Belehnung, (§. 8.) mittelst welcher der Churfürst von der Pfalz, Friederich, zu Folge der ersten Saynischen Belehnung vom Jahr 1273, sowohl den Grafen Ludewig von Witgenstein, als nächsten Agnaten in der Engelbertischen Linie für ihn und seine Mannlehen-Erben, als auch bey dem noch in demselben Jahr erfolgten Absterben dieses Grafen Ludewig, dessen mittlern Sohn, Grafen Wilhelm von Witgenstein mit der ganzen Grafschaft Sayn, als einem Mannlehn im Jahr 1606 beliehen habe. Aus dieser Belehnung wird das vom Grafen Wilhelm zu Sayn, dem Gemahl der gräflich Saynischen Erbtochter Anne Elisabeth, anerkannte oberlehnherrliche Recht der Churpfalz an der Grafschaft Sayn und das den männlichen Descendenten des Grafen Wilhelm zustehende Recht der Lehnfolge hergeleitet. Da nun im Jahr 1636 mit Absterben des unmündigen Grafen Ludewig, eines Enkels des Grafen Wilhelm, dessen Mannsstamm nur aus erster Ehe ausgegangen, und aus dessen zweyter Ehe mit der Gräfin Ottilie von Saarbrücken noch drey Söhne am Leben gewesen: so behauptet Churpfalz, daß die Grafschaft Sayn auf die weiblichen Descendenten des Grafen Wilhelm aus erster Ehe nicht habe fallen können, sondern das lehnbare Eigenthum dieser Grafschaft den drey Söhnen aus zweyter Ehe gebühre. Hierauf beruhet zugleich der Grund des Anspruchs, welchen vornehmlich die aus zweyter Ehe des Grafen Wilhelm abstammenden Grafen von Witgenstein zu Witgenstein an der Grafschaft Sayn machen.

7

§. 18.

So weit diese Churpfälzische Belehnung auf die ganze Grafschaft Sayn gerichtet ist, mithin die Gränzen der zum Grund liegenden ersten Saynischen Belehnung vom Jahr 1273 überschreitet, mangelt es derselben an allem Bestand Rechtes.

8

1) Bey dem Ausgange des gräflich Saynischen Mannsstamms in der Johannschen Linie waren zwey gräfliche Erbtöchter am Leben, die an den Grafen Wilhelm von Witgenstein vermählte Gräfin, Anne Elisabeth, und die Gräfin von Sulz, Dorothee Catharine, welche ihr Erbrecht an der Grafschaft Sayn gegen eine ansehnliche Abfindung an die Erstere durch einen Vergleich vom Jahr 1603 abgetreten. Nach

den

den alten Stamm- und Geschlechtsverträgen (§. 2. 4. 6.) gebührte ihnen die Succession in den Erb- und Eigenthums-Gütern und in den Erblehnen, welche das Territorium der Grafschaft Sayn ausmachen. Die Engelbertische Linie des gräflichen Hauses konnte vermöge der alten unter den beyden Brüdern Johann und Engelbert im Jahr 1294 getroffenen Total-Landes-Abtheilung (§. 3.) und kraft des vom Grafen Engelbert auf den Antheil seines Bruders zum Vortheil seiner zur Succession berechtigten Erben beyderley Geschlechts auf ewig geleisteten eidlichen Verzichts daran keinen gegründeten Anspruch machen, so lange vom Grafen Johann von Sayn weibliche Descendenten vorhanden waren; welches auch Graf Heinrich der letzte vom Mannsstamm in der Johannschen Linie bey der an den Graf Wilhelm für seine Gemahlin und für die mit ihr erzeugten Kinder geschehenen Abtretung der Grafschaft Sayn anerkannt (§. 8.).

Es fehlte 2) dem Churpfälzischen Lehn-Hofe an rechtlicher Befugniß, die Belehnung über die ganze Grafschaft Sayn bey dem Ausgang des Mannsstamms in der Johanneischen Linie dem Grafen Ludwig von Witgenstein zu ertheilen; diese neue Belehnung beruhet nemlich nur allein auf dem alten Irrthume, nach welchem die Comitia Saynensis für die ganze Grafschaft Sayn angenommen worden, ungeachtet man damahls selbst am Lehnhofe nicht einmahl anzugeben vermogte, was davon eigentlich zu Lehn gehe, und dieses durch den neuen Vasallen erst zu erforschen suchte. (§. 8.) Der Irrthum war augenscheinlich, da ansehnliche Stücke der Grafschaft Sayn von andern Churfürsten und Fürsten zu Lehn gingen, und dazu viele, lange Zeit nach der alten Belehnung vom Jahr 1273 in der Johanneischen Linie durch Erbgang und durch andere Erwerbungsarten gekommene Lande, als besonders Altenkirchen, gehörten, welches erst im 14ten Jahrhundert von den alten Grafen von Nuwenar acquirirt worden.

Saynischer Gegenbericht c. 25. und Anlage sub lit. Q.

Diese Lehn-Stücke konnten so wenig als die Allodial-Herrschaften mit einem Schein Rechtes unter die Churpfälzische Belehnung gezogen werden.

Es ist zwar 3) wahr, daß Graf Wilhelm von Witgenstein, der Gemahl der gräflich Saynischen Erbtochter Anne Elisabeth, die Churpfälzische Belehnung mit der ganzen Grafschaft angenommen hat, allein dieser Herr konnte noch den Umständen der damahligen Zeit und besonders bey dem gewaltsamen Verfahren von Churpfalz, welches die ganze Grafschaft Sayn noch bey dem Leben des Grafen Heinrich von Sayn im Jahr 1602 in Sequestration gezogen, keinen andern Ausweg ergreifen. Immittelst hat schon Graf Heinrich von Sayn, der letzte vom Mannsstamm in der Johanneischen Linie, den Irrthum selbst erkannt, und in einem besondern Notariats-Instrumente die Erklärung gethan, daß er die Grafschaft Sayn dem Grafen Wilhelm für seine Gemahlin und für die mit ihr erzeugten Kinder abgetreten habe. (§. 8.) Auch hat Graf Wilhelm in allen öffentlichen Angelegenheiten sich nur pro administratore legitimo der Grafschaft Sayn Namens seiner Gemahlin und der von ihr erzeugten Kinder gerirt.

Ueber-

Ueberdem konnte die Anerkennung des Churpfälzischen Lehns-nexus den Gerechtsamen seiner Gemahlin eben so wenig nachtheilig seyn, als den Gerechtsamen der übrigen Lehnhöfe, von welchen ansehnliche Stücke der Grafschaft zu Lehn gehen. So lange auch die wahre Beschaffenheit der Comitiae Saynensis und deren Zubehör von Churpfalz nicht ausfindig gemacht werden kann, so lange ist auch die, auf der ersten Belehnung de a. 1273 ausdrücklich beruhende neue Belehnung und die Anerkennung des Churpfälzischen Lehns-nexus unwirksam. Und da die Comitia Saynensis selbst von Churpfalz nicht ausfindig gemacht werden können: so ist es nicht unwahrscheinlich, daß sie vorlängst ausgegangen, wie es mit manchen ähnlichen Lehen geschehen, deren Andenken nur noch in den Lehnbriefen erhalten ist.

Da nun 4) Graf Wilhelm von Witgenstein ein eignes Recht auf die Grafschaft Sayn aus der Churpfälzischen Belehnung zu erlangen nicht vermogt: so hat auch auf diese auf seine erste Gemahlin verstammte Grafschaft Sayn durch ihn kein Recht auf die von seiner zweyten Gemahlin abstammenden drey Grafen von Witgenstein zu Witgenstein vererbt werden können: und daher fehlt es diesen an einem wahren rechtlichen Grunde, den von dessen erster Gemahlin, der Gräfin Anne Elisabeth von Sayn abstammenden weiblichen Descendenten die Succession an der Grafschaft Sayn zu bestreiten.

5) Nicht anders hat der Kaiserliche Reichshofrath in einem voto ad imperatorem vom Jahr 1661 aus vollständigen Acten geurtheilet, wie davon folgender Extract in

Mosers Staatsrecht der Reichsgrafschaft Sayn S. 285.

eingerückt ist:

> Ex inuestituris Palatinis kann keine probatio feudalitatis quoad *vniuersum comitatum* geschehen, weilen die inuestiturae *Colonienses* wegen Hachenburg und Flammersfeld, item inuestiturae *Treuirenses* wegen Freusburg und darzu gehörige Kirchspiele, so dann die inuestiturae *Hassiacae* wegen Schloß und Amt Friedewald das contrarium in continenti darthun: überdies auch die mit Chur-Trier und Cölln am Cammer-Gericht habende litis pendentia das Churpfälzische assertum dergestalt auf einmahl darnieder legt, daß gehorsamster Reichshofrath um desto mehr befugte Ursach gehabt hat, hiebey sich nicht länger aufzuhalten, sondern das Werk in possessorio zu erörtern: zumahl ex actis noch zur Zeit nur so viel herausgekommen, daß die Comitia Saynensis, deren in der ersten Pfälzischen Investitur Meldung geschieht, und woraus nachgehends die ganze Grafschaft dies- und jenseits Rheins pro feudo Palatino venditiret und verliehen worden, vermöge der Sponheimischen Brüder Theilung vom J. 1294 allein jenseits Rheins gelegen, und daselbst von allen diesseits Rheins gelegenen Saynschen Gütern expresse unterschieden und ausgenommen wird; also daß Reichshofrath, bey so bewandten Umständen, de *qualitate feudi Palatini* in der Grafschaft Sayn nichts gewisses ex actis schöpfen können, sondern billig alles den partibus in petitorio auszuführen heimgestellet seyn lassen müssen.

§. 19.

9 III) Am meisten hat Chur-Pfalz seinen Anspruch in possessorio mittelst einer gesuchten restitutionis ex capite amnestiae zu beschönigen gesucht und deshalb so wohl im vorigen als auch noch in diesem Jahrhunderte in öffentlichen Schriften vorgestellt: Chur-Pfalz sey in possessione dominii directi und iuris inuestiendi vasallos in Ansehung der ganzen Grafschaft Sayn und der dazu gehörigen Ortschaften Fischbach, Gebertsheim, Daden und Altenkirchen und alles dessen so nicht namentlich ausgenommen sey, und eben sowohl dessen männliche Lehnsleute in possessione dominii vtilis vor dem 30jährigen Krieg gewesen, hergegen während des Krieges und occasione desselben sey Chur-Pfalz sowohl als dessen männliche Lehnleute dessen alles entsetzet worden, deshalben ihnen kraft des Westphälischen Friedens, des Restitutions-Edicts und des arctioris modi exequendi nach dem blossen facto possessorio ante bellum und ohne einige Rücksicht auf eine Litispendenz, die plenaria restitutio in den Stand, worin Lehnherr und Vasallen vor dem Kriege gewesen, angedeihen müsse, und wie Chur-Pfalz in dieser Restitutions-Sache die Gerichtbarkeit des Kaiserlichen Reichshofraths nie anerkannt habe, so könnten auch die von demselben ergangenen conclusa ihm nicht entgegen stehen. Auf diese Gründe hat Chur-Pfalz bey der im Jahr 1742 versuchten Selbsthülfe sich wiederum bezogen; wie vorzüglich aus zwey ausführlichen Vorstellungen zu ersehen ist, welche Chur-Pfalz damahls an den König in Preußen ergehen lassen, welche in dem

Moserschen Staatsrecht der Reichsgrafschaft Sayn Cap. 2. §. 261. 262. 291. 292.

nebst den Brandenburg-Ansbachischen Anmerkungen abgedruckt sind.

§. 20.

10 Dieses Gesuch um Restitution ex capite amnestiae und die deshalb angebrachte Beschwerde hat aber Chur-Pfalz durch Anführung der wesentlichen Eigenschaften einer solchen Restitution noch nie zu begründen vermogt: als wozu der Beweis eines wirklichen Besitzes vor dem 30jährigen Kriege und dessen occasione motuum bellicorum erlittenen Verlustes nach dem Art. 3. §. 1. Instr. Pac. erforderlich ist. Chur-Pfalz ist vor dem 30jährigen Kriege nie in dem Besitze der Oberlehnsherrlichkeit über die Reichsgrafschaft Sayn gewesen; vielmehr sind die zu dieser Grafschaft gehörigen Lehen vor und nach dem Kriege von Chur-Trier, Chur-Cölln, Hessen und Jülich recognoscirt und verliehen, und die übrigen Stücke der Grafschaft sind von den Grafen von Sayn als altväterliche und ererbte Allodial-Lande besessen worden. Eben so wenig hat Chur-Pfalz einen Fall anzugeben vermogt, nach welchem es bey Gelegenheit der böhmischen und teutschen Unruhen aus dem Besitz irgend eines lehnherrlichen Rechts über die Grafschaft Sayn gesetzt worden. Am wenigsten hat es an der von der Pfalz zu Lehn gehenden Comitia Saynensi und deren Zubehör einigen Schaden leiden können, da deren Beschaffenheit dem Churhause Pfalz vor dem 30jährigen Kriege gänzlich unbekannt gewesen. Das aber aus der in den Lehnbriefen enthaltenen, aus einem alten Irrthum her-

herrührenden Formel der Belehnung mit der ganzen Grafschaft Sayn kein wirklicher Besitz an der Lehns-Herrschaft hergeleitet werden kann, ergibt sich aus der Natur der Sache von selbst.

Im Gegentheile ist es aus der Geschichte der damahligen Zeiten klar, daß bey dem im Jahr 1636 erfolgten Absterben des unmündigen Grafen Ludwig von Sayn dessen Frau Mutter, die verwittwete Gräfin Juliane von Sayn Namens der gräflich Saynischen Erbtöchter der Gräfinnen Joannette und Ernestine in dem Besitze der ihnen kraft der Stamm- und Lehnrechte angefallenen Grafschaft Sayn wirklich gestanden; und daß dieselbe erst im Jahre 1642 aus dem Besitze eines Theils dieser Grafschaft von dem Grafen Christian von Witgenstein eigenmächtiger und gewaltthätiger Weise verdrängt worden: weshalb die gräfliche Frau Wittwe noch während des 30jährigen Krieges Namens der gräflich Saynischen Erbtöchter eine Spolien-Klage und Citations-Gesuch super fracta pace publica bey dem Kaiserlichen Reichshofrathe angestellet, und eine citationem cum mandato S. C. de restituendo ablata ausgewirket hat. Es haben auch die fortgesetzten Bedrängungen des Grafen Christian von Witgenstein die gräfliche Frau Wittwe ihre Beschwerden auf dem Westphälischen Friedens-Congreß anzubringen veranlaßt, worauf behuf ihrer Restitution die Verordnung in art. IV. §. 36. Instr. Pac. ergangen ist. Diese in dem Westphälischen Frieden erkannte Restitution ist damahls von der Friedens-Executions-Commission nicht verfügt, sondern aus der besondern Ursache, weil es als eine zwischen den gräflich Saynischen Erbtöchtern und dem Grafen Christian von Witgenstein schon rechtsanhängige Parthey-Sache anzusehen gewesen, an den Kaiserlichen Reichshofrath verwiesen worden. Als nun nach einer viele Jahre fortgesetzten rechtlichen Verhandlung eine paritoria plena gegen den Grafen Christian von Witgenstein im Jahr 1661 erkannt worden; so hat erst Chur-Pfalz durch eine bey dem Reichshofrathe eingelegte und auf die restitutionem ex capite amnestiae gestellte Intervention die Execution gegen den Grafen von Witgenstein zu hintertreiben gesucht. Die deshalb ergangenen und im reuisorio bestätigten conclusa des Kaiserlichen Reichshofraths verbinden daher Chur-Pfalz, da es in causa interuentionis die Gerichtbarkeit des Reichshofraths einmahl anerkannt hat.

Da nun Chur-Pfalz in Ansehung der angegebenen Lehnherrlichkeit über die Grafschaft Sayn sich nicht einmahl bey der Friedens-Executions-Commission gemeldet, noch auch mit selbiger unter den restituendis angesetzet ist, auch alles dasjenige, was es deshalb bey dem Kaiserlichen Hofe nach dem Jahre 1661 angebracht hat, vor dem Kaiserlichen Reichshofrathe vollständig erörtert worden, so hat Chur-Pfalz im Jahr 1742 keinen rechtlichen Schein für sich gehabt, sich auf diese Umstände zur Beschönigung der gebrauchten Selbsthülfe zu beziehen. Es ist auch daher vom kaiserlichen Reichshofrathe auf das darüber an den Kaiser erstattete Gutachten durch eine kaiserliche Resolution vom 11ten Aug. 1742 ein protectorium generale für die Grafschaft Sayn Altenkirchenschen Antheils erkannt worden, dessen ganzer Inhalt in

Mosers Staatsrechte der Reichsgr. Sayn C. 2. §. 294.

eingerückt ist.

K 2 §. 21.

§. 21.

11 Ungeachtet nun Chur-Pfalz so wohl als den Grafen von Witgenstein das petitorium vorbehalten worden: so ist doch solches bis jetzt von ihnen nicht angestellet, und kann auch, ehe die den Grafen von Witgenstein zu Witgenstein in der Spolien-Klage durch die Reichshofraths-Conclusa auferlegte Erstattung der Früchte, Schäden und Kosten nicht geleistet, und dadurch das possessorium gänzlich erledigt worden, mit Bestande Rechtes nicht angestellt werden; wie solches auch in dem obbemerkten Seukenbergischen rechtsgegründeten Bedenken vom Jahr 1744. §. 27. ausgeführt ist.

Aus allen diesen Gründen erhellet aber überall so viel:

daß weder der Anspruch von Chur-Pfalz auf die Lehnsherrlichkeit über die ganze Grafschaft Sayn, noch auch der davon hergeleitete Anspruch der vom Grafen Wilhelm zu Sayn aus der zweyten Ehe abstammenden Grafen von Witgenstein zu Witgenstein in dem ihnen vorbehaltenen petitorio für rechtsbeständig und für gegründet zu halten ist. 1782.

Num. 165.

Num. 165.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

De iure occupandi statuendique de bonis extincti ordinis Iesuitarum.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Species facti. n. 1.
Quaestio proposita. n. 2.

Rationes dubitandi.

Pertinentiae eodem iure vtuntur ac res principalis. n. 3.
Bona Iesuitarum extincto ordine non prorsus vacantia facta sunt, sed ad instituta eorum quae non sublata sunt pertinent. n. 4.
Bona illa tamquam patrimonium ecclesiae, quorum reditus tantum Iesuitis destinati fuerunt considerari debent. n. 5.
Ius disponendi de bonis Iesuitarum competit domino territorii in quo collegium ad quod pertinent situm est. n. 6.
Etsi illa ipsa in alieno territorio sita sint. n. 7.

Rationes decidendi.

Extinctio vniuersitatis aequiparanda est morti naturali hominis, et bona eius fiunt vacantia. n. 8.
Ordo Iesuitarum acquisitionis bonorum capax fuit. n. 9. 10.
Nulla vero ratio adest institutis et scholis ab ordine Iesuitarum conditis, proprietatem horum bonorum tribuendi. n. 11. 20.
Nec ad patrimonium totius ecclesiae referri possunt. n. 12.
Ius de bonis, extincto ordine Iesuitarum vacantia factis, disponendi, domino territorii in quo sita sunt competit. n. 13 14.
Iura in rem principalem competentia non semper in accessorias et pertinentias competunt. n. 15.
Vi superioritatis territorialis princeps bona extra territorium sita sibi vindicare nequit. n. 16.
Bona Iesuitarum ab iurisdictione et potestate dioecesani ordinariorum immunia fuerunt. n. 17.
Nec pontifex episcopis in praeiudicium statuum imperii iura dioecesana tribuere potuit. n. 18.
Ab arbitrio principis dispositio de bonis vacantibus pendet. n. 19. 21.
Ob supremam inspectionem principi, intuitu omnium collegiorum intra territorium sitorum competentem, ei nullum ius in bonis eorum in alieno territorio sitis tribui potest. n. 20.
Votum consilii imperialis aulici de iure constituendo nullam vim in decidendis causis habet. n. 22.
Dispositio pacis Westphalicae circa bona ecclesiastica extra territorium sita, ad bona postea ab ecclesiis adquisita applicari non potest. n. 23.
Quaestionis decisio. n. 24.

Rechtsgutachten.

Zu dem im Bisthum Münster liegenden ansehnlichen Gute, Haus zur Geist genannt, welches mit allen dazu gehörigen Pertinenzen nach dem Jahre 1624 in die Hän- 1

de des Jesuiten-Ordens gekommen ist, gehört das in der Herrschaft Rheda liegende beträchtliche Colonat Woltmann;

Bey der im Jahre 1773 erfolgten Aufhebung des Jesuiten-Ordens ist auch das Jesuiten-Collegium zu Münster aufgehoben worden, und hat bey solcher Gelegenheit auch das Hochstift Münster das Haus zur Geist, mit allen Pertinenzen als ein bonum vacans eingezogen, und sich dabey das in der Herrschaft Rheda liegende Colonat Woltmann zugeeignet;

Wiewohl nun deshalb von Seiten der hochgräflich Bentheim-Tecklenburgischen Regierung bereits im Jahre 1782 ein Schreiben an das Ministerium zu Münster erlassen, und die Zurückgabe des Woltmannischen Colonats in Anregung gebracht worden ist; hat dennoch erstere darauf keine Antwort erhalten, vielmehr hat das Hochstift Münster besagtes Colonat bis jetzt noch in wirklichem Besitze; und es entstehet daher die

Frage:

2 Ob nicht nach Aufhebung des Jesuiten-Ordens das Colonat Woltmann dem gräflichen Hause Bentheim-Tecklenburg vi superioritatis territorialis angefallen sey, mithin dessen Zurückgabe vom Hochstifte Münster mit Recht verlanget werden könne?

3 Ob nun wohl 1) das Colonat Woltmann, als eine Pertinenz des Hauptgutes, das Haus zur Geist genannt, von dem Jesuiten-Collegio zu Münster besessen worden, und in Betracht dessen, daß das Hochstift Münster nach erfolgter Aufhebung des Jesuiten-Ordens das Hauptgut einzuziehen berechtiget gewesen, dasselbe auch die Befugniß habe, die Pertinenzen dieses Gutes einzuziehen, da diese nach denselben Rechten, die in Ansehung des Hauptgutes statt haben, zu beurtheilen sind,

4 besonders da 2) behauptet werden will, daß die Güter des Jesuiten-Ordens nach der Aufhebung desselben nicht schlechterdings für herrenlos zu halten wären, sondern daß nur deren zweckmäßige Verwaltung, wie solche bey dem Ordens-Collegio gestanden erlediget und vacant geworden sey;

immaßen 3) die Jesuiten vermöge des abgelegten Gelübdes der Armuth an sich aller Proprietäts-Rechte an den Gütern unfähig gewesen, und die Jesuiten-Collegia nur das Recht, unbewegliche Güter behuf der Ordens-Institute zur Unterweisung der Jugend zu besitzen, und deren Aufkünfte dazu zu verwenden gehabt, und daraus sich ergeben dürfte, daß die von einem Jesuiten-Collegio acquirirten Güter, es mögen Stiftungs-Güter oder aus Stiftungs-Geldern erworbene, oder sonst durch Schenkung oder Vermächtniß erlangte Güter seyn, nur in einer dem Ordens-Institute gemäßen Administration eines Jesuiten-Collegiums gestanden, und da diese Stiftungen und Ordens-Institute nicht aufgehoben worden, die Güter eines Jesuiten-Collegii bey den Schul-, Lehr- und Predigt-Aemtern, zu deren Unterhaltung sie gewidmet worden, um so mehr verbleiben müßten;

als

als 4) wenn auch solche Güter einem Jesuiten-Collegio quoad proprietatem zugehöret hätten, und demselben gleichsam ein dominium vtile daran zugestanden, sie immer doch als ein patrimonium ecclesiae zu betrachten seyen, demnach deren Ertrag eines Theils zur Unterhaltung der öffentlichen Anstalten, wozu deren Aufkünfte gewidmet gewesen, andern Theils zu der Entrichtung von Pensionen und des Unterhaltes der vormaligen Glieder eines Jesuiten-Collegiums nach Inhalt der Aufhebungs-Bulle zu verwenden seyn würden, 5

darneben 5) die Verfügung über deren Verwendung dem domino territorii directo des Orts, wo das ausgegangene Jesuiten-Collegium seinen Sitz gehabt nach einem vorzüglichen Rechte auch deshalb beyzulegen sey, weil daselbst die zu unterhaltenden Schul- und Lehr-Anstalten befindlich sind, wie diese Gründe in dem approbirten Reichs-Hofraths-Gutachten vom 16ten Nov. 1773, welches 6

Moser im 12ten Reichshofraths-Gutachten wegen des Jesuiten-Ordens N. 1. S. 5, und
in den Abhandlungen verschiedener besonderer Rechtsmaterien im 2ten Stücke S. 197.

einrücken lassen, ausgeführt worden;

Nach diesen Gründen aber 6) auf das ius territoriale, welchem das Colonat Woltmann unterworfen ist, keine Rücksicht genommen werden dürfte, mithin da dem Hochstifte Münster das Hauptgut des eingegangenen Jesuiten-Collegiums unterworfen gewesen, demselben auch das vorzügliche Recht über dessen auswärts liegende Zubehörungen zu verfügen, theils aus dem iure dioecesano, dem sonst die domus religiosae untergeben sind, theils nach der Analogie des Westphälischen Friedens zustehen möchte, und dasjenige, was in Ansehung der Güter, in deren Besitze ein ausgegangenes Kloster den 1ten Jan. 1624 gestanden, zum Besten des domini loci, vbi monasterium destructum situm est, in 7

art. 5. §. 25. et §. 47.

ohne Rücksicht auf die Lage der Güter und deren Pertinenzen versehen ist, auch bey solchen Gütern, die von einem Orden erst nach dem Entscheidungs-Jahre acquiriret worden, aus dem Grunde in Anwendung zu bringen seyn möchte, weil beyde Religions-Theile in dem Besitze der geistlichen Güter ohne Unterschied dessen, ob sie von ihnen bereits im Entscheidungs-Jahre wirklich besessen, oder erst nachher rechtmässig erworben seyen, auf beständig versichert bleiben müßten;

Solchemnach, daß das gräfliche Haus den Anspruch an besagtem Colonate auf das Territorial-Recht nicht gründen könne, es das Ansehen gewinnet;

Dennoch aber und dieweil 1) die mittelst der päbstlichen Bulle vom 21ten Jul. 1773 geschehene Aufhebung des Jesuiten-Ordens, wodurch die ganze Societät mit allen ihren Obern, unter welchen sie unabhängig von allen sonst gewöhnlichen Vorgesetzten 8

setzten einzig und allein gestanden, pro societate extincta et suppressa erklärt ist, von gleicher rechtlicher Wirkung, wie das natürliche Absterben einer Person ist,

L. 21. D. quib. mod. vsusfr. amitt.

und dadurch ein jedes Jesuiten-Collegium eine vniuersitas oder moralische Person in jedem Lande zu seyn aufgehöret hat, und die dem Orden zugehörigen weltlichen Güter oder temporalia für herrenlos und erledigt zu halten sind,

9 Allermaßen daß 2) dieser Orden auch dem Eigenthume nach Güter erwerben können, aus dessen Verfassung, wie solche von dem Orden selbst in den im Jahre 1625 zu Antwerpen im Druck herausgekommenen libris Instituti Societatis Iesu und insbesondere in den Institutionibus Societatis, in literis Apostolicis und in Compendio privilegiorum öffentlich bekannt gemacht ist, zur Genüge, und zwar dergestalt erhellet, daß ausser den Professen, welche die Societät im strengsten Verstande ausgemacht haben, in diesem Orden einzelne Collegia und Seminaria enthalten gewesen, welchen schon durch eine Bulle Pauls des Dritten vom Jahre 1549 bona stabilia behuf ihres Instituts und besonders zur Unterweisung der Jugend dergestalt zu acquiriren verstattet worden: vt bona quaecumque pro collegiorum dote — — donata, relicta et legata, eo ipso, auctoritate apostolica perpetuo applicata et appropriata esse et censeri debeant,

in literis apostolicis p. 47.
in compendio priuilegior. voce: alienatio p. 19.

und solchen das daran erlangte Eigenthum in der Bulle Gregors des 13ten vom Jahre 1576 bey Gelegenheit der den collegiis untersagten eigenmächtigen Veräusserung der Güter und gestatteten Revocation derselben in den Worten: quod nihilominus dominium et possessio bonorum, quorum ius penes domus et collegia remanere debeat,

in literis apostol. p. 169.

ausdrücklich zugestanden worden, auch solcher iure vniuersitatis gemachten eigenthümlichen Acquisition der Güter das Gelübde der Armuth, welches die einzelnen Glieder ablegen müssen, und weshalb diesen die Güter zu ihrem eignen Nutzen zu verwenden, untersagt geblieben, nicht entgegen gestanden; so wie auch der Orden, so lange er gedauert, die unumschränkten Eigenthumsrechte an seinen Gütern auf eine thätige Weise genugsam ausgeübt hat,

10 Solchemnach 3) einem Jesuiten-Collegio mittelst jeder titulo dominii translatiuo erlangten Acquisition der Güter nicht bloß eine Administration noch auch bloß ein dominium vtile, sondern ein vollkommenes ihren eignen Ordens-Obern allein unterworfenes Eigenthum erworben worden;

11 dahergegen 4) kein Rechtsgrund vorhanden ist, den Schul- und Lehr-Anstalten, welche der Orden seiner Verfassung nach errichtet hat, die Proprietät an den Gütern des Ordens beyzulegen, da diese von dem Orden errichteten und von demselben lediglich abhängenden Anstalten, weder für sich ein Recht an solchen Gütern gehabt, noch auch der Orden ihnen ein Recht an diesen Gütern übertragen, oder solches zu thun die Gesinnung

sinnung gehabt, sondern diese aus seinen Einkünften, nach eignem Ermessen unterhalten hat.

Endlich 5) eben so wenig behauptet werden kann, daß solche Güter als ein patrimonium totius ecclesiae anzusehen seyen, da die Unrichtigkeit dieses Satzes schon bey eigentlichen Kirchengütern selbst von catholischen Rechtsgelehrten gezeigt worden, 12

Fr. Sarmiento de reditibus eccles. P. I. c. 1. per. tot.
Gonzalez ad c. 2. X. de reb. eccles. non alienand.

und solcher am wenigsten bey Gütern des Jesuiten-Ordens eine Anwendung leidet, da diese von der Gerichtbarkeit aller ordinariorum, der Erzbischöfe und Bischöfe eximiret und ihren eigenen Ordens-Obern, und durch diese nur dem Pabste unmittelbar unterworfen gewesen;

Solchemnach da 6) die Güter des Jesuiten-Ordens nach erfolgter Aufhebung desselben in Ansehung des den collegiis dieses Ordens daran zugestandenen Eigenthumsrechts für erlediget und für herrenlos zu halten sind, das landesherrliche Recht eines jeden Reichsstandes, solche Güter, so viel deren in eines jeden territorio belegen sind, als bona vacantia einzuziehen und über deren Verwendung zu verfügen, sowohl nach den in der Landeshoheit selbst enthaltenen Rechten, als auch nach den gemeinen Rechten in Teutschland gegründet ist, 13

L. 4. C. de bon. vacant.
II. F. 56.

dieses auch ohne Unterschied der Religion eintritt, indem es Güter betrifft, welche aufgehört haben, Güter eines aufgehobenen Ordens zu seyn, und diese daher unter dasjenige Recht gefallen, quod vnicuique statui immediato ratione territorii et superioritatis in negotio religionis competit;

art. 5. §. 30. in f. Instr. Pac. Westph. art. 8. §. 1. eod.

Und wenn daher 7) dem Hochstifte Münster vermöge der Landeshoheit die Befugniß zugestanden, über das im Münsterschen belegene Gut, das Haus zur Geist genannt, als über ein erledigtes Gut zu verfügen, so sind auch nach gleichen Gründen dem regierenden Herrn Grafen zu Bentheim-Tecklenburg gleiche landesherrliche Gerechtsame in Ansehung des in desselben territorio gelegenen Colonats Wöltmann erwachsen, 14

dahergegen 8) es an rechtlichen Gründen mangelt, weshalb das Hochstift Münster die über das unter seiner Hoheit gelegene Hauptgut getroffene Verfügung über das gedachte in einem fremden territorio liegende Colonat erstrecken mögen; 15

da a) eine Pertinenz mit dem Hauptgute bloß in Ansehung des Eigenthümers, welcher an beyden ein gleiches Recht erlanget hat, nach einerley Rechten beurtheilt werden muß, dieses aber niemals in Ansehung eines Dritten, dem an der Pertinenz eigne Rechte zustehen, statt findet, weshalb das Einziehungsrecht des Lehnherrn an dem eröffneten lehnbaren Hauptgute sich nicht auf eine Allodial-Pertinenz des Hauptgutes erstrecket;

streckt; mithin eben so wenig ein Landesherr, welcher ein Hauptgut des Jesuiten-Ordens einzieht, dies Recht auf eine in fremdem territorio gelegene Pertinenz zu extendiren berechtigt ist, quodsi enim reditus, ex alieno territorio debitos, ceu accessoria principalis cuiusdam secularisati, veluti coenobii, consideres; regula tamen, accessorium principale suum sequi, exceptionem patitur: Valet enim in eodem tantum territorio, minime in diuersis, in quibus diuersa quoque est superioritas territorialis, a nemine violanda;

Io. Vlr. de Cramer de domino territorii propria debita secularisante §. 6. in tom. 4. opusc. p. 212.

16 und so wenig daher b) das Hochstift Münster ein landeshoheitliches Recht über gedachtes Colonat, so lange es dem Jesuiten-Collegio zugehört hat, sich zueignen mögen, eben so wenig dasselbe ein auf der Landeshoheit beruhendes Recht, dieses Colonat nach ausgegangenem Jesuiten-Orden einzuziehen und darüber zu verfügen, zu begründen im Stande ist,

17 gleichwohl c) das Hochstift Münster hiebey auf ein anderes, in der Kirchengewalt beruhendes Recht auf keinerley Art sich zu beziehen vermag, indem alle Güter des Jesuiten Ordens kraft der Ordens-Privilegien, die in der Aufhebungs-Bulle selbst angeführt sind, von der geistlichen Gerichtbarkeit und von dem Dioecesan-Rechte eines jeden ordinarii gänzlich eximiret gewesen, und daher in den teutschen Bisthümern nur unter den hoheitlichen Rechten eines Fürst-Bischofes gestanden;

18 Hingegen d) die von dem Pabst in der Aufhebungs-Bulle dieses Ordens geäusserte Gesinnung, die iurisdictionem et auctoritatem in temporalibus den ordinariis locorum übertragen zu wollen, an und für sich deshalb kraftlos ist, weil sie offenbar zum Nachtheile des Kaisers und der Landesherrn im teutschen Reiche geschehen, auch dafür in dem obangeführten Reichshofraths-Gutachten in

Mosers Abhandl. verschiedener Rechtsmaterien P. 2. p. 156.

gehalten, und deshalb auf die Cassation dieser Clausel, als einer in den statum publicum einschlagenden und der Reichsverfassung widrigen Verfügung angetragen worden ist,

Nicht zu gedenken daß e) evangelische Landesherren keine Dioecesan-Rechte und keine kraft derselben geschehene Verfügung eines auswärtigen ordinarii in ihren Landen anzuerkennen gehalten sind, und bey der in dem Westphälischen Friedensschlusse

art. 5. §. 48.

in Ansehung der Evangelischen festgesetzten suspensione iuris dioecesani kein Fall der Ausnahme bey einem von dem Jesuiten-Collegio erst nach dem Entscheidungs-Jahre acquirirten Gute zur Geist und Colonate Woltmann statt finden kann;

19 Aus solchem allem zugleich die vorher angeführten Zweifels-Gründe zum Theil sich erledigen; hingegen was ad 4) die Verwendung der Einkünfte der eingezogenen Güter zur Unterhaltung der noch lebenden Ordens-Glieder und zur Beförderung einer

ner der ursprünglichen Bestimmung dieser Güter entsprechenden Absicht betrifft, solche der eignen billigmäßigen landesherrlichen Verordnung überlassen verbleibt;

allermaßen ad 5) das Recht über die heimgefallenen Güter zu einer dem Zwecke der alten Stiftungen gemäßen Absicht zu verfügen, lediglich ein landesherrliches aus dem iure acquirendi bona vacantia herfliessendes Recht ist, und daher dem Landesherrn des Orts, wo die von dem Jesuiten-Orden gestiftete Anstalt gelegen ist, kein stärkeres Recht zusteht, als die Landeshoheit zu geben vermag, wenn diese aber in ihrem Umfange betrachtet wird, der Landesherr zwar kraft derselben wohl befugt ist, zu einer von dem Orden im Lande zu errichtenden Anstalt die Erlaubniß zu ertheilen, und über die gestiftete Anstalt eine landesherrliche Aufsicht zu führen und deren Beschützung auszuüben, auch nach erfolgter Aufhebung des Ordens als des Stifters derselben, die errichtete Anstalt unter eine unmittelbare landesherrliche Direction zu ziehen; hergegen aus solchem allem keine landesherrliche Befugniß, über die in einem auswärtigen Territorio belegenen Güter zu verfügen, sich begründen, noch auch dazu aus der Benennung des Landesherrn, als domini territorii directi, ein Grund sich herleiten läßt, da die vorangeführten und eine solche Anstalt betreffenden Rechte landeshoheitliche Rechte sind, und keine Rücksicht auf ein dominium directum haben, noch auch haben können, von solchen aber die Privateigenthums-Rechte, so dem Jesuiten-Orden bey der angelegten Anstalt in Rücksicht der dazu verwandten Ordensgüter zugestanden, wesentlich unterschieden sind, und da gleichwohl nur allein von diesen bey dem Ausgange des Jesuiten-Ordens die Frage seyn kann, der Landesherr, welcher die in seinem Lande gestiftete Ordens-Anstalt unter höchsteigener Verfügung zu behalten berechtigt ist, solches Recht nicht ausserhalb der Gränzen seines territorii über die in einem auswärtigen territorio belegenen Ordensgüter ohne Eingriff in die Territorial-Rechte eines andern Reichsstandes erstrecken kann; wie denn gegen dergleichen Eingriffe die landesherrlichen Rechte in ähnlichen Fällen, wo es auf Einziehung der Güter ankömmt, durch die

Kaiserliche Capitulation art. 21.

gesichert worden;

Endlich der Einwand, daß durch die Aufhebung des Jesuiten-Ordens die von demselben errichteten Schul- oder Prediger-Anstalten nicht aufgehoben worden, in die Entscheidung der gegenwärtigen Frage keinen Einfluß hat, immaßen in wie weit der Landesherr des Orts wo diese befindlich sind, darüber zu verfügen, und dazu die im Lande befindlichen Einkünfte des Ordens zu verwenden, gewillet ist, zu desselben landesherrlichem Ermessen gehöret, jedoch solche Verfügung auf die im Lande befindlichen Güter eingeschränkt verbleibt; am wenigsten aber der Ordensanstalt selbst ein eigenes Recht an solchen Gütern sich beylegen läßt, da eine solche Anstalt ein eigenthümliches Werk des Ordens gewesen ist, welches gleich einer andern Privat-Anstalt oder Gebäude, unter der eigenthümlichen Disposition des Ordens gestanden, und für sich einer rechtlichen Befugniß eben so wenig fähig ist, als ein mit landesherrlicher Einwilligung errichtetes weltliches Institut, welches auf erfolgtes erbloses Ableben seines

Eigenthümers und Stifters nicht in die Rechte seines Herrn tritt, sondern unmittelbar der landesherrlichen Verfügung anheim fällt;

22 Uebrigens der in dem vorhin angeführten Reichshofraths-Gutachten enthaltene Vorschlag Sr. Kaiserlichen Majestät nur in dem Maaße vorgelegt worden, daß der Kaiser solchen mittelst eines Commissions-Decrets an das gesammte Reich zum Reichs-Gutachten bringen, und dahin stellen möge:

es werde ein jeder hieben, entweder auf die Schulen, Lehr- und Predigt-Stühle selbst, oder nur *respectu* der dazu gehörigen, in seinem *territorio* liegenden Güter, Renten und Gefälle, interessirte Churfürst, Fürst oder Stand gleich patriotische Gesinnungen hegen, und daher auch seines Orts dahin Bedacht nehmen, daß die Schulen, Lehr- und Prediger Stühle nicht nur mit tüchtigen Subiectis in reichsverfassungsmäßiger Ordnung versehen, sondern auch so forthin aus denen zeither dazu gebrauchten Fonds zum allgemeinen Besten in ihrem Wesen erhalten, und der sich etwa sodann von den Einkünften ergebende Ueberschuß zu gleichmäßigem Endzwecke verwendet werden möge;

Moser in der Abhandl. von verschiedenen Rechtsmaterien P. 2. p. 202.

und in den

12. Reichshofraths-Gutachten wegen des Jesuiten-Ordens p. 15.

gleichwohl kaiserliche Majestät, davon etwas an das gesammte Reich, ohne dessen Einwilligung dieser Vorschlag keine rechtliche Kraft gewinnen können, bringen zu lassen, allerhöchstes Bedenken genommen, und daher dieser ein ius constituendum betreffende, und in dem Reichshofraths-Gutachten enthaltene Vorschlag keinen Grund einer Entscheidung abzugeben vermag;

23 Uebrigens ad 6) bey Beurtheilung des vorliegenden Falles keine andern Rechte, als nach welchen die Territorial-Rechte eines jeden Reichsstandes zu beurtheilen sind, in Anwendung kommen, da die in Frage stehenden Güter von dem Jesuiten-Orden erst nach dem Jahre 1624 acquiriret worden; hergegen die besondere Verordnung des Westphälischen Friedens Art. 5. §. 26. et 47., wodurch beyde Religionstheile in den Besitz der Klostergüter und Einkünfte in welchem sie den 1ten Jan. 1624 in auswärtigen Landen gewesen, geschützet werden sollen, bey dem gegenwärtigen dazu nicht gehörigen Falle keine Anwendung leidet, bevorab aus dieser Verordnung selbst sofort der Gegensatz sich ergibt, daß, so fern die Katholiken den 1ten Jan. 1624 in dem Besitze solcher Güter nicht gewesen sind, auch dabey die Entscheidung des Friedensschlusses nicht anwendbar ist;

Als sind wir solchem allem nach der rechtlichen Meinung:

24 daß das Colonat Woltmann nach erfolgter Aufhebung des Jesuiten-Ordens, dem hochgräflichen Hause Bentheim-Tecklenburg kraft landesherrlicher Gerechtsame zu eigener hoher Verfügung heimgefallen sey, und dessen Zurückgabe von dem Hochstifte Münster mit Rechtsbestande verlanget werden könne. 1786.

Num. 166.

Num. 166.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

Odium implacabile iustam esse repudii causam, nec dissolutis ob iustam causam sponsalibus ab altera parte ad interesse agi posse.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Species facti. n. 1.
Quaestio prima. n. 2.

Rationes dubitandi.

Ex sponsalibus rite initis ad matrimonium consummandum agi potest. n. 3.
Dissolutio sponsalium ob odium tum tantum locum habet si altera pars causam odii dedit. n. 4.
Cessat ius agendi si reconciliatio secuta est. n. 5.
Minor aetas per se non excusat. n. 6.

Rationes decidendi.

Desponsati ad ineundum matrimonium magis monendi quam cogendi sunt. n. 7.
Sponsalia de praesenti inter protestantes non occurrunt. n. 8.
Sponsalia ob causam rationabilem dissolui possunt. n. 9.
Causa iusta est, notabilis rerum mutatio. n. 10.
In casu proposito odium ab altera parte motum esse demonstratur. n. 11. 12.
Idque esse implacabile ostenditur. n. 13.
Odium implacabile iusta repudii causa est. n. 14. 15. 16. 18.
Non obstat quod sponsalia rite sint inita. n. 17.
Confessio tertio facta probationem continet. n. 18.
Reconciliatio quae seria non est nullam vim habet, etsi auctoritate principis facta sit. n. 19. 20.
Quaestionis decisio. n. 21.
Quaestio secunda. n. 22.

Ratio dubitandi.

Ob fidem ab altero desponsatorum fractam ab altera parte ad id quod interest agi potest. n. 23.

Ratio decidendi.

Vbi iusta causa repudii adest, impune a sponsalibus recedi licet. n. 24.
Ob solum discessum a sponsalibus actio ad interesse non competit. n. 25.
Ob dolosam violationem sponsalium actione iniuriarum agi potest. n. 26.
Aestimatur iniuria per violationem dolosam illata arbitrio iudicis. n. 27.
Dotis promissae ratio haberi nequit. n. 28.
Quaestionis decisio. n. 29.

Rechtsgutachten.

Vor ungefähr drey Jahren hat der Rittmeister von H. um die Zuneigung des damals kaum 12 Jahre alt gewesenen Fräuleins von D. auf verschiedene Art sich bewor- 1

beworben, da aber diese Versuche schon bey ihrer Entstehung dem ebengedachten Fräulein lästig gewesen sind, so hat desselben Mutter und Pflegevater sich bewogen gesehen, selbiges in ein dem von H. unbekanntes Kloster in Pension zu bringen.

Nachdem indessen eine schwere Krankheit womit selbiges daselbst befallen ist, im Anfange dieses Jahres dessen Rückkehr nothwendig gemacht hat, selbiges auch unter der Vorsorge seiner Eltern wieder zu seiner Gesundheit gelanget ist, hat gedachter Herr Rittmeister die auf selbiges gerichteten Absichten von neuem zu erkennen gegeben, auch davon dessen Eltern Eröffnung gemacht, und es haben diese in Rücksicht auf eine schon erlittene unverdiente Ungnade des höchsten Landesherrn ihm nicht entgegen seyn mögen, sondern ihm anheim gegeben die Einwilligung des Fräulein von D. selbst zu erlangen;

Hierauf hat das Fräulein von D. auf das Zureden und die Versprechungen des von H., und mehr aus eingetretenen politischen Rücksichten als aus Neigung, insbesondere wegen eines ihm vorgelegten Handschreibens des Fürsten an den von H. worin derselbe über diese Verbindung eine besondere Zufriedenheit zu erkennen gegeben hat sich bewogen gesehen, das Jawort zu ertheilen; und ist das Verlöbniß zwischen beyden mittelst der unterm 13ten Jul. 1786 eingegangenen Ehepacten zu Stande gekommen;

Immittelst hat der Rittmeister von H. schon den dritten Tag nach der Verlobung sich erlaubt, seiner Braut ohne Veranlassung zur Eifersucht zu haben, in einer großen Gesellschaft auf einem Balle in harten Ausdrücken gänzlich unverdiente Verweise zu geben, und dieses kränkende Benehmen hat ihre Liebe und Zuneigung ihm gänzlich entzogen, wie denn derselbe deshalb in einem an einen Freund gerichteten Schreiben, schrecklich gefehlt zu haben selbst eingestehet, und sich gänzlich in seinem Betragen ändern zu wollen erklärt hat,

Hiernächst hat zwar derselbe im Monate August dieses Jahrs bey Sr. hochfürstlichen Durchlaucht eine hohe Vermittelung ausgewirkt, und hat das Fräulein von D. bey einer persönlichen Aufwartung am Hofe in dem zarten Alter von 15 Jahren der Ehrerbietigkeit Platz gegeben, und die vorige Zusage bestätiget: jedoch hat die heftige Gemüthsbewegung, in welche selbiges durch diese Zusage bey einer schon tiefe Wurzel gefaßten Abneigung gesetzt worden, auf dessen körperlichen Zustand gleich nachdem dasselbe zu Haus und zum ruhigen Nachdenken gekommen ist, dergestalt gewirkt, daß es in starke Convulsionen, worin selbiges auch der herbeygerufene Vater des Rittmeisters von H. noch angetroffen hat, gefallen ist, und ist eine solche Abneigung und Widerwillen gegen den Bräutigam bey demselben erregt worden, daß sobald er sich nur blikken lassen, das Fräulein in die größte Alteration gerathen und die vorigen Zufälle, convulsivischen Zuckungen und mehrere Stunden lang anhaltenden Ohnmachten wieder eingetreten sind, wie davon das Attestat des Arztes ausführlich zeuget;

Nichts desto weniger hat der Rittmeister von H. auf die Copulation, welche in der schriftlichen Verlobung auf beyder Theile Gutbefinden ausgesetzt worden, einseitig zu dringen gesucht, es hat jedoch dies bey der Braut einen Rückfall der Krankheit verur-

ursacht, und ist man daher auch von der gnädigen Gesinnung Sr. hochfürstlichen Durchlaucht versichert worden, daß Hochdieselben bey so bewandten Umständen auf eine wahrscheinlich mit sehr traurigen Folgen verknüpfte Verbindung keine weitere Rücksicht nehmen würden; indessen hat der Rittmeister von H. im September eine Eheklage gegen das Fräulein von D. bey hochfürstlichem Consistorium übergeben, selbiges auch dagegen seine rechtliche Nothdurft excipiendo einbringen lassen; und entstehen bey solcher Lage der Sache nunmehr folgende Fragen:

Erste Frage:

Ob die von dem Fräulein von D. angebrachten und besonders von der gänzlich veränderten Gesinnung hergenommenen Einreden, da die von dem Rittmeister von H. gleich nach der Verlobung erlittenen harten Begegnungen und unverdienten Verweise eine gänzliche Abneigung und einen so unüberwindlichen Haß und Widerwillen gegen ihn verursacht haben, daß dieser den Rückfall der körperlichen Beschwerden desselben gewirket hat, von der Erheblichkeit zu halten seyen, daß die von ihm mit demselben eingegangene Verlobung wieder aufzuheben und selbiges von der auf Vollziehung der Ehe gerichteten Klage zu entbinden sey? 2

Ob nun wohl 1) das Fräulein von D. die den 13ten Jul. 1786 mit dem Rittmeister von H. eingegangene Verlobung eingeräumt hat, und daher des Klägers auf die durch priesterliche Trauung zu vollziehende Ehe gerichtetes Suchen, bevorab derselbe dabey die Copulation noch zur Zeit ohne Consummation der Ehe vor sich gehen lassen zu wollen, sich erboten hat, gegründet scheinen dürfte, immaßen aus einem Eheversprechen nach den Grundsätzen des canonischen Rechts ein Recht auf Vollziehung der Ehe zu klagen, entspringt, und einige Rechtslehrer noch weiter gehen, und ein solches Verlöbniß, welches mit der Eltern und Vormünder Einwilligung und ohne Bedingung eingegangen ist, als sponsalia de praesenti ansehen, und einer Ehe gleich halten, und zu deren Vollziehung gewöhnliche Zwangsmittel für statthaft achten; 3

Carpzov in iurispr. eccles. lib. 2. def. 17. et 18. et def. 132. et sqq.

Hingegen 2) wenn wegen eines eintretenden Hasses und Widerwillens die Aufhebung einer Verlobung gesucht wird, insonderheit in Betrachtung zu ziehen ist, ob solcher durch des andern Theiles beleidigendes Betragen verursacht worden, gleichwohl Kläger schon in der übergebenen Klage dieses von sich abzulehnen gesucht, und das Schreiben, welches sich auf sein Vergehen beziehet, für ein in der Hitze an einen Dritten gerichtetes Schreiben erkläret hat, 4

überdem 3) diese Ursache durch die in Gegenwart des Fürsten von dem Fräulein von D. wiederholte Zusage, da selbiges dem Kläger wieder die Hand gereicht hat, gehoben seyn möchte, 5

Hergegen 4) zu der Tags darauf von der Braut ertheilten Erklärung, daß sie an ihr gegebenes Wort nicht gebunden seyn, sondern von dem Eheversprechen abgehen

hen wolle, keine neue Veranlassung eingetreten sey, indem die convulsivischen Zufälle, welche sie unmittelbar nach der Zusammenkunft auf dem fürstlichen Schlosse befallen, und worin sie auch Klägers Vater, der Präsident von H., liegend gefunden, als ein Umstand zu betrachten ist, welcher zur Entscheidung der Sache nichts beytrage;

6 darneben 5) das minderjährige Alter von 15 Jahren derselben nicht zu statten komme, weil die Verlobung mit aller Vorsicht unter Einwilligung der Eltern und Vormünder beyder Verlobten verbindlichst eingegangen worden;

In solchem Betrachte aber wegen der Unzulänglichkeit der Gründe bey der gesuchten Aufhebung der Verlobung nicht geringe Bedenken eintreten;

7 Dennoch aber und dieweil 1) die Verbindlichkeit eines Eheverlöbnisses in dem canonischen Rechte nur in dem Maasse anerkannt und bestimmt worden ist, daß zwar das Recht auf Erfüllung desselben durch Vollziehung der versprochenen Ehe vor dem geistlichen Gerichte mittelst einer übergebenen Imploration zu klagen, ertheilet, jedoch den geistlichen Gerichten zugleich aufgegeben ist, die Verlobten zur Erfüllung ihres Eheversprechens mehr durch gerichtliche Anmahnungen als durch sonst gewöhnliche und leicht unglückliche Folgen nach sich ziehende Zwangsmittel anzuhalten, und dahin die bestimmten Verordnungen gehen, quod cum libera debeant esse matrimonia, monenda sit potius quam cogenda mulier, cum coactiones difficiles soleant exitus frequenter habere,

C. 17. X. de sponsalib.

8 und in dieser Hinsicht die Verbindlichkeit der eigentlich sogenannten Verlöbnisse, quae de futuro matrimonio ineuntur, angenommen, und davon nur bey denjenigen Verlöbnissen, welche zugleich die Einwilligung in eine gegenwärtig sofort einzugehende Ehe enthalten, und welche sponsalia de praesenti genannt werden, eine Ausnahme gemacht ist; von den letztern aber unter den Protestanten kein Gebrauch gemacht werden kann, indem bey selbigen alle Verlöbnisse bloß als Verträge wegen einer künftig einzugehenden Ehe betrachtet, und in Gemäßheit der vorgedachten Verordnungen, nach der Natur eines auf die künftige eheliche Gesellschaft gerichteten Versprechens beurtheilet werden müssen,

de Pufendorf obs. iur. tom. 3. obs. 199.
Mevius P. 6. dec. 226.

9 wie denn 2) aus diesem Grunde die Verlöbnisse von andern Verträgen sich darin unterscheiden, daß, da alle Verträge sonst unwiderruflich sind, dennoch Verlöbnisse aus einer gerechten und erheblichen Ursache, welche in

C. 10. X. de sponsal.

causa rationabilis genannt, und dazu gebilliget wird, wieder aufgehoben werden können;

10 Unter diesen zum richterlichen Ermessen gestellten Ursachen insonderheit 3) eine erfolgte so merkliche Veränderung der Umstände in mehrern in

C. 25.

C. 25. X. de iureiur.

angeführten Beyspielen gerechnet wird, daß wenn die Verlobten davon zur Zeit der Verlobung einige Kenntniß gehabt hätten, selbige ihre Einwilligung in die künftige Ehe nicht gegeben haben würden, und daraus der allgemeine Grundsatz hergenommen wird, quod, si tam notabilis rerum mutatio superuenerit, quam si alter desponsatorum praeuidere potuisset, nunquam rationabiliter sponsalia contraxisset, iusta sit repudii causa,

Boehmer in iure eccles. lib. 4. tit. 1. §. 163.
Henr. Brouwerus de iure connub. lib. 1. c. 25. num. 9.
Hier. Bruckner in decis. iur. matr. c. 1. n. 76.
Lauterbach in coll. theor. pr. lib. 23. tit. 1. §. 54.

Und dann 4) in dem gegenwärtigen Falle die von dem Fräulein von D. der Eheklage entgegengesetzte Einrede auf einer durch des Klägers eigenes Betragen verursachten gänzlichen Gemüths-Abneigung und auf dem daraus erfolgten Haß und Widerwillen beruhet, und dabey in facto diese erheblichen Umstände eintreten, daß der Kläger durch die, wenige Tage nach der Verlobung in öffentlicher Gesellschaft auf einem Balle seiner Braut ertheilten unverdienten Verweise und durch seine unschickliche Begegnung den ersten Grund zu dieser Abneigung gelegt, derselbe auch in dem an einen Freund behuf der zu treffenden Vermittelung gerichteten Schreiben selbst eingestanden hat: 11

es sey wahr, daß er gefehlet, schrecklich gefehlet habe, daß er das Fräulein von D. so kalt behandelt, daß dieses ihm desselben Liebe entzogen, daß er es um Verzeihung bitten wolle, und verspreche, daß er sich gänzlich in seinem Betragen ändern wolle;

Darneben 5) es in der Natur der Sache liegt, daß durch dies Betragen die Besorgniß wegen einer in der Folge der Zeit zu fürchtenden harten Begegnung erweckt ist, und dies eine solche Wirkung auf ihren kränklichen körperlichen Zustand gehabt hat, daß dadurch eine Rückkehr der krampfhaften Zufälle, von welchen sie kurz zuvor wieder genesen, bey ihr verursachet worden;

Und ungeachtet 6) bey der von dem Fürsten auf dem Schlosse in beyder Theile Gegenwart versuchten Wiederaussöhnung die Braut der Ehrerbietigkeit Platz zu geben gesuchet, und dem Kläger von neuem die Hand gereichet, dennoch sie die einmal bey ihr erwachsene Gemüths-Abneigung zu unterdrücken nicht vermocht, vielmehr diese gänzliche und heftige Abneigung unmittelbar nach der Zurückkehr vom fürstlichen Schlosse auf ihren kränklichen Körper dergestalt gewirket hat, daß sie wieder in heftige Convulsionen gefallen, in welchen der Vater des Klägers sie selbst angetroffen hat, diese körperlichen Zufälle sich auch so oft wieder erneuert haben, als nur die Vorstellung der von dem Kläger auf eine eheliche Verbindung gerichteten Absichten bey ihr lebhaft geworden sind, 12



13 gleichwohl 7) diese zu einem so hohen Grade gediehene Abneigung gegen den Kläger eines Theils durch desselben eignes Betragen verursacht worden ist, andern Theils die Wirkung dieser Abneigung anders nicht als mit Rücksicht auf den kränklichen körperlichen Zustand des Fräuleins von D, von welchem das Zeugniß des Arztes hinlänglich zeuget, beurtheilt werden kann, in welcher Hinsicht auf diese Abneigung um desto mehr Rücksicht genommen werden muß, weil bey jedem erneuerten Vorgange, welcher des Klägers auf Vollziehung der Ehe gerichtete Absichten zu erkennen gegeben, das Fräulein einem Rückfalle in denselben Zustand unterworfen gewesen ist, und daher sowohl die Grösse des Widerwillens gegen ihn und daß solcher für unüberwindlich zu achten sey, als auch daß das Fräulein durch einen Zwang der Gefahr des gänzlichen Verlustes ihrer Gesundheit ausgesetzt werden würde, sich abnehmen läßt,

14 Weshalb 8) diese auf das ganze Wohl des Fräuleins wirkende Gemüthsentfernung eine solche Veränderung der Gesinnungen zu erkennen gibt, daß so fern davon zur Zeit des Verlöbnisses sich nur eine Anzeige hätte entdecken lassen, die Braut so wenig als ihre Mutter und Vormünder die Einwilligung in ein Ehe-Versprechen ertheilt haben würden, mithin solche nach dem in

C. 25. X. de iureiur.

enthaltenen Grundsatze für eine gerechte und erhebliche Ursache aus welcher die Verlobung auf Ansuchen des leidenden Theils von dem geistlichen Gerichte wieder aufgehoben werden mag, zu halten ist, wie denn Carpzov, ungeachtet er die Lehre von Verlöbnissen durch unrichtige Anwendung der nicht statt findenden sponsalium de praesenti erschweret und verwickelt hat, dennoch die Erheblichkeit der Rechtsgründe nach welchen eine Aufhebung eines Verlöbnisses für statthaft zu achten ist, selbst anerkennet, und davon so urtheilet: quando talis accidit casus, qui si tempore sponsalium adfuisset, sponsus vel sponsa nunquam consensisset, tunc iudex ad dirimenda sponsalia propensior esse debet;

Carpzov. in iurispr. eccles. lib. 2. def. 176. n. 9.

15 wie denn 9) ein nach dem Verlöbnisse besonders durch des andern Theils Benehmen verursachter Haß und Widerwille, welcher durch die versuchte Aussöhnung nicht gehoben werden kann, in Betracht dessen, daß solcher die Einigkeit als den wesentlichen Grund der ehelichen Gesellschaft aufhebt, sowohl in den Rechten selbst für eine gerechte Ursache der aufzuhebenden Verlobung erklärt ist, ne quis talem vxorem ducat, quam odio habet,

C. 2. X. de sponsal.

als auch von den Rechtslehrern dafür anerkannt wird,

Mevius P. 4. dec. 44.
Bruckner in decis. matrim. c. 1. n. 59.
Boehmer in iure eccles. lib. 4. tit. 1. §. 163. et tom. 3. cons. et dec. P. I. cons. 83. n. 35-43.
Spener de iure repudior. inprimis ex implacabilis odii causa §. 10.

wel-

welches 10) in dem gegenwärtigen Falle seine Anwendung desto sicherer leidet, 16
da eine Aussöhnung unter beyden Theilen bereits hinlänglich versucht, und das Fräulein von D. dazu nicht abgeneigt gewesen, gleichwohl seinen Widerwillen zu besiegen nicht im Stande gewesen ist, weil die bey ihm einmal eingewurzelte Abneigung gegen den Kläger und die daraus bey demselben entstandene Gemüthsbewegung eine solche Kraft auf den schwächlichen Zustand seines Körpers gehabt hat, daß es von neuem wieder in die unglückliche vorige Krankheit gefallen ist, quodsi vero iudex adeo exulceratos animos eorum esse viderit, qui sibi matrimonium repromiserunt vt verisimile sit, nunquam inter eos coalituram concordiam vtique ipsi fas erit sponsalia dissoluere; —

Carpzov l. c. lib. 2. def. 176. n. 8. 14.

Non enim apparet rationis diuersitas, cur ob corporis vitia sponsalium dissolutio liceat, vbi illa ineptum faciunt ad concubitum, et vbi animi vitia omnem vitam et coniunctionem acerbam, miseram, deperditam factura sint, illam nolle concedere cum non tantum ad corporum sed etiam animorum consociationem, immo multo magis respiciendum sit; — — ideoque non potest non ab omni humanitate alienum esse, sponte aliquem in ea mala praecipitare velle, quae sunt discordis coniugii infinita et intoleranda;

Mevius P. 6. dec. 226. n. 9. 11.

diesem allem die vorangeführten Gründe nicht entgegenstehen,

immaßen ad 1) bey der Klage aus einem Eheverlöbnisse es nicht bloß und allein 17
auf die Gültigkeit desselben, welche in dem gegenwärtigen Falle nicht in Zweifel gezogen ist, sondern zugleich auf die erheblichen Gründe ankömmt, aus welchen ein solches Verlöbniß mit Bestande wieder aufgehoben werden mag, non sufficit enim contracta esse publica sponsalia sed requiritur etiam, vt iuri consummationem exigendi nihil obsistat,

Mevius P. 3. dec. 382.

und daß übrigens sponsalia pura sowohl als sponsalia conditionata die wesentlichen Erfordernisse der auf eine künftig einzugehende Ehe geschlossenen Verträge haben, auf sichern und in den neuern Zeiten überall anerkannten Grundsätzen beruhet, hingegen das von dem Kläger bey der Klage angebrachte besondere Suchen, die Beklagtin zur Vollziehung der Ehe durch priesterliche Copulation allenfalls noch zur Zeit ohne wirkliche Consummation derselben anzuhalten, worin derselbe das aus der Krankheit des Fräuleins herrührende Hinderniß der Vollziehung der Ehe selbst eingeräumet hat, sowohl nach den gemeinen Rechten unstatthaft ist, als auch mit den unter beyden Theilen eingegangenen Ehepacten, in deren §. 2. die Copulation auf beyder Theile Gutbefinden gestellet ist, streitet,

sodann ad 2) Kläger in dem an einen Freund gerichteten Briefe, den er geschrie- 18
ben zu haben nicht in Abrede gestellet hat, nicht allein die Wahrheit eines gegen gedachtes Fräulein begangenen großen Vergehens eingeräumt, sondern auch die Versicherung beygefügt hat, daß er sein Betragen gegen selbiges künftig ändern wolle, beydes

 aber

aber Anzeigen eines aufrichtigen und ernstlichen Geständnisses sind, dergleichen Geständniß wenn es gleich in einem Schreiben an einen Dritten enthalten ist, dennoch die Kraft eines Beweises behält,

Lauterbach de confessione §. 45.

bevorab Kläger dem Freunde welchem er dies Geständniß gethan hat zugleich die Vermittelung aufgetragen hat, mithin der Dritte eine Person ist, welche bey der Sache selbst concurriren sollen, hiebey auch nicht von Erheblichkeit ist, daß die Art des Vergehens nicht darin ausgedrückt ist, weil es dabey bloß darauf ankömmt, daß Kläger durch das Vergehen, welches er darin eingesteht, die Abneigung der Fräulein von D. verursacht habe; wie denn bey der rechtlichen Beurtheilung der Ursache des Widerwillens sowohl auf den schwachen körperlichen Zustand, auf welchen jede Leidenschaft stärker wirket, als auch auf dasjenige Rücksicht zu nehmen ist, was eine Verlobte von einem solchen Betragen für den künftigen Ehestand aus gutem Grunde zu besorgen hat, in welchem Betrachte Spener nach Maaßgebung des c. 25. X. de iureiur. diesen Grundsatz festsetzet: Si tanti superuenientis odii causa suppetat quae si praeuisa fuerit, nunquam sponsalia contracta forent, illa iustam repudii causam constituit;

Spener l. c. §. 9. et 11.

19 Ferner ad 3) die auf Vermittelung des Fürsten von dem Fräulein von D. wiederholte Zusage zwar von dem guten Willen, die veranlaßte Abneigug zu unterdrücken, zeuget, jedennoch der unglückliche Erfolg, da die dadurch veranlaßte Gemüthsbewegung bey demselben einen Rückfall der vorigen Krankheit zur Folge gehabt, bewiesen hat, daß das Fräulein mehr gewollt, als es zu leisten vermocht, und so wenig diese Wirkung bey dessen körperlicher Schwachheit und zartem Alter von 15 Jahren eine Beymessung leidet, eben so wenig dieses, daß die wiederholte Zusage unter des Fürsten Vermittelung geschehen ist, von grösserer Kraft seyn kann, weil schon die römischen Kaiser in

L. 1. C. Si nuptiae ex rescripto petantur.

für recht und billig erkannt haben, daß selbst auf das kaiserliche Ansehen bey den unter priuatis eingegangenen Verlöbnissen keine Rücksicht genommen werden soll;

20 Folglich wenn gleich ad 4) nach dieser Aussöhnung dem Kläger kein neues Vergehen zur Last gefallen, dennoch der bey dem Fräulein von D. unmittelbar darauf erfolgte Rückfall in die vorige Krankheit einen gerechten und erheblichen Grund enthält, weil daraus sichtbar ist, daß selbiges ohne Gefahr der Gesundheit und des Lebens die Ehe nicht vollziehen kann; folglich eine sehr dringende Ursache das Verlöbniß aufzuheben vorhanden ist,

Boehmer l. c. §. 177.

Uebrigens ad 5) bey Beurtheilung solcher Vorfälle, welche auf das Gemüth wirken, und bey den daraus erwachsenen Folgen das jugendliche Alter von 15 Jahren, worin das Fräulein stehet, nicht ausser Betracht gelassen werden mag;

Als

Als sind wir der rechtlichen Meinung:

daß die gänzliche Abneigung und der Widerwillen des Fräuleins von D. gegen den Kläger, da solcher durch des letztern Benehmen verursacht ist, und zugleich bey demselben einen nachtheiligen Rückfall seiner körperlichen Schwachheit gewirket hat, für eine rechtliche und sehr erhebliche Ursache zu halten ist, aus welcher das in Frage stehende Eheverlöbniß wieder aufzuheben, und die Beklagte von der Eheklage zu entbinden sey. 21

Zweyte Frage.

Ob der Kläger, der sich bey der Klage auf dem nöthigen Fall eine Satisfactions-Forderung vorbehalten hat, vorkommenden Umständen nach, eine Abfindung von dem Fräulein von D. zu fordern, berechtiget sey? 22

Wiewohl nun 1) Kläger in dem Anhange der Klage auf dem nöthigen Fall eine Satisfactions-Klage sich vorbehalten hat, auch seine Absicht dabey zu seyn scheint, eine dem Brautschatze angemessene Abfindung zu erlangen, indem er wegen des Capitals von 20000 Fl., dessen Genuß ihm zum Brautschatze ausgesetzt worden, bereits eine Sicherheit gesucht hat, 23

dabey auch 2) die Meinung einiger Rechtslehrer ihm zu statten kommen dürfte, daß wegen nicht erfüllten Verlöbnisses auf das interesse geklagt werden könne, wie denn

Leyser spec. 293. med. 4.

die deshalb zustehende Klage eine actionem ex sponsu ad interesse benennet;

Dennoch aber und dieweil 1) in den Fällen, wo ein repudium aus rechtserlaubten Ursachen statt findet, keine Entschädigung wegen des zu leistenden Abstandes gefordert werden kann, indem derjenige, welcher einer rechtlichen Befugniß sich bedienet, dem andern Theile nicht zu nahe handelt, 24

L. 55. D. de reg. iur.

und daher zu keiner Satisfaction, als zu einer subsidiarischen Verbindlichkeit, welche eine verletzte Hauptverbindlichkeit zum Grunde haben muß, gehalten ist, vbi enim iusta causa repudii interuenit, impune a sponsalibus recedere licet;

Cothmann Vol. 2. resp. 86. n. 42.
Stryk de dissensu sponsal. Sect. 2. §. 49.

gleichwohl 2) in dem gegenwärtigen Falle eines Theils der Kläger durch sein Betragen gegen seine Braut den ersten Grund zu deren Abneigung und Widerwillen gelegt, andern Theils die dadurch entstandenen Gemüthsbewegungen bey ihrer körperlichen Schwäche einen unglücklichen Einfluß auf ihre Gesundheit gehabt hat, und in dieser Hinsicht die Abneigung derselben nicht einmal einer moralischen Beymessung unterworfen, vielmehr selbige nach den bey der vorigen Frage ausgeführten Gründen die Aufhebung des Verlöbnisses zu suchen vollkommen berechtiget ist;

Und so wenig 3) der Kläger, wenn derselbe auf seiner Seite aus dem veränderten und zerrütteten Gesundheits-Zustande der Beklagten einen Grund des repudii herzuleiten gesucht hätte, zu einer Art der Abfindung hätte angehalten werden mögen, so noch weniger dieselbe, als der unschuldige Theil, und bey der von seiner Seite dazu gegebenen Veranlassung dazu verbindlich geachtet werden mag;

25 Solchemnach 4) in dem gegenwärtigen Falle an einem rechtlichen Grunde zu einer Satisfactions-Klage es mangelt, allermaßen so fern bloß die Eigenschaft einer solchen Klage in Betracht genommen wird, eine actio ad interesse wegen nicht erfüllten Verlöbnisses weder nach römischen Rechten, nach welchen nur deshalb die arrha sponsalitia wieder zurückgefordert werden kann,

L. 3. L. 5. C. de sponsal.
Brunnemann ad L. vlt. C. de sponsalib.

noch auch nach Rechtsgründen statt findet, wie solches von

Voetius in Comm. ad Pand. lib. 23. tit. 1. n. 12.
Fichardus ad L. 1. C. de sponsal. n. 21. 22.

hinlänglich ausgeführet ist, und die von Leyser aus dem alten römischen Rechte angegebene actio ex sponsu ad interesse schon längst vor erfolgter Sammlung der nur allein angenommenen römischen Rechte nicht weiter statt gefunden;

26 Sodann 5) die actio iniuriarum zwar wegen vorsätzlicher Nicht-Erfüllung eines Verlöbnisses von den Rechtslehrern für gegründet gehalten wird,

Cothmann Vol. 1. resp. 10. n. 253. seq.
Mevius P. 8. dec. 42.
Lauterbach in coll. th. pr. lib. 23. tit. 1. §. 56.

jedoch solche eine dolosam violationem sponsalium voraussetzet,

Mevius P. 6. dec. 42.

neque enim actio iniuriarum ob violata sponsalia intentari potest, nisi appareat de innocentia actoris, et de rei perfidia;

Bruckner in dec. iur. matr. c. 1. n. 79.

27 Endlich 6) in den Fällen, wo diese Klage begründet werden kann, es auf aestimationem iniuriae, per sponsalia dolose violata illatae ankommt, welche, wie überhaupt bey jeder Injurienklage nach richterlichem billigem Ermessen auf ein mässiges quantum, welches die Abfindung genannt wird, bestimmt werden kann, und dabey zwar, wenn diese Klage von Seiten einer Braut erhoben wird, die eingebüßte conditio nubendi in Betracht kommen kann, gleichwohl dieses nach sehr bekannten Gründen weit weniger der Fall seyn kann, wenn diese Klage von Seiten eines Bräutigams angebracht wird;

28 dahergegen 7) ein versprochener Brautschatz, welcher die Erleichterung der ehelichen Lasten zum wesentlichen Zwecke hat, und daher bey nicht erfolgter Ehe nicht einmal ex stipulatu gefordert werden kann,

L. 21.

L. 21. L. 41. §. 1. D. de iure dot.
bey Bestimmung einer Abfindung des Bräutigams niemals einen Maaßstab abgeben mag;

Derowegen 8) auf die vom Kläger in dem Anhange der Klage des Brautschatzes halben gesuchte Sicherheit bereits keine gerichtliche Rücksicht genommen worden, da selbst die Ehepacten ergeben, daß der Brautschatz nicht einmal in 20000 Fl. bestehe, sondern da das Fräulein von D. vorjetzt noch kein eigenes Vermögen besitzt, die Frau von M. in dem angezogenen §. 2. sich des an dem Capitale von 20000 Fl. habenden lebenslänglichen Nießbrauchs zu Gunsten der beyden Verlobten begeben, und diesen Genuß und die davon fallenden jährlichen Zinsen den beyden Verlobten vom Tage der Copulation an, zuzustellen versprochen, hergegen, so viel das Eigenthum an diesem Capitale und die Erbfolge daran betrifft, es bey der darüber am 18ten Sept. 1774 festgesetzten fideicommissarischen Verordnung gelassen hat;

Uebrigens 9) alle solche einen Abstand betreffenden Gründe in gegenwärtigem Falle, da das Fräulein von D. die Aufhebung des Verlöbnisses aus rechtlichen und erheblichen Gründen sucht, keine Anwendung leiden;

Als halten wir den Rechten nach dafür:

daß Kläger nach erfolgter Aufhebung des Verlöbnisses, vorkommenden Umständen nach, ein Abstands-Geld von dem Fräulein von D. zu fordern für berechtigt nicht zu halten. 1786. 29

Num. 167.

Num. 167.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

De iure repetendi bona durante minorennitate nulliter alienata.

Argvmenta specialia.

Species facti. n. 1.
Quaestio prima. n. 2.

Rationes dubitandi.

Matri tutela liberorum competit, nec opus est confirmatio iudicialis. n. 3.
Ob iustam causam qualis est vrgens aes alienum bona minorum alienari possunt. n. 4.

Rationes decidendi.

Iure germanico tutor absque confirmatione iudiciali administrationem suscipere non potest. n. 5.
Mater ipso iure tutrix liberorum non est. n. 6.
Protutor res pupillorum distrahere non potest. n. 7.
Tutor in propria causa auctoritatem interponere nequit. n. 8.
Alienatio iurium et bonorum immobilium minorum absque decreto magistratus facta nulla est. n. 9. 12.
Inuentario et taxatione bonorum opus est. n. 10.
Si ad alienationem bonorum ob aes alienum proceditur de qualitate debitorum constare debet. n. 11.
Quaestionis decisio. n. 13.
Quaestio secunda. n. 14.

Rationes dubitandi.

Heredi vindicanti obstat exceptio rei venditae et traditae. n. 15.
Alienatio bonorum minorum absque decreto facta, valida fit si maior factus eam per quinquennium non impugnauit. n. 16.

Rationes decidendi.

Res nulliter alienata tam ab ipso alienante quam ab eius herede repeti potest. n. 17.
Nec repetens ad praestationem eius quod interest tenetur si possessor sciens alienationem esse nullam, rem acquisiuit. n. 18.
Exceptio rei venditae et traditae opponi non potest, si paciscens iustam causam vindicandi habet. n. 19.
Quinquennium non tam a tempore adeptae maiorennitatis quam a momento scientiae computandum est. n. 20.
Si alienatio titulo lucratiuo facta est, decennio opus est. n. 21.
Per silentium quinque annorum ea modo nullitas sanatur, quae ex defectu decreti iudicialis oritur, non alia vitia quae forte adsunt. n. 22.
Quaestionis decisio. n. 23.
Quaestio tertia et quarta. n. 24.

Rationes dubitandi.

Transactio ob laesionem enormem rescindi nequit. n. 25.
Ex capite doli et erroris impugnari potest. n. 26.

Rationes decidendi.

Transactio vera non est, nisi lis, vel metus litis adest. n. 27.
Vox vernacula Vergleich latius sumitur. n. 28.
In diuisione inter coheredes summa aequalitatis ratio habenda est. n. 29.
Diuisio perperam facta, corrigenda est etsi laesio non sit enormis. n. 30. 31.

Quae-

Rechtsgutachten.

Ist im Jahre 1758 der weiland Hofjägermeister von B. verstorben, und hat ausser seiner Wittwe sechs Töchter und einen Sohn, den Ober-Cammerherren von B. mithin sieben Allodialerben, und einen einzigen Lehnserben seines theils in Allodialtheils in Lehns-Stücken bestandenen Vermögens hinterlassen.

Da über dies Vermögen kein förmliches Inventarium errichtet worden, so läßt es sich nicht genau separiren und bestimmen, es erhellet jedoch aus den theils Extractsweise, theils in Copie bey den Acten befindlichen und von dem Obercammerherrn edirten Documenten daß die sämmtlichen Immobilien ausser den Gebäuden und den Inventarien der Güter Lehngüter sind;

Im Jahre 1759 den 4ten Jan. sind sämmtliche nachgelassene Immobilien specificirt, und ist davon ein Anschlag nach dem Pachtfuße, nach welchem solche jährlich 9495 Thlr. 16 Ggr. 2 Pf. eintragen, gemacht, jedoch dabey für ordentliche und ausserordentliche Abgaben, Unterhaltung der Bedienten, für das Risico wegen Mißwachses und wegen anderer Unglücksfälle etwas abgerechnet, und der reine jährliche Ertrag der Güter auf 8850 Thlr. bestimmt, und nach dem Zinsfuße zu 5 Procent zu Capital gerechnet, und darnach der Werth der sämmtlichen Lehnstücke auf 177000 Thlr. angeschlagen worden;

Ausser diesen hat das nachgelassene Vermögen noch in den Wohn- und Haushaltungs-Gebäuden auf sämmtlichen Gütern deren Werth nach einem mässigen Anschlage ungefähr auf 20000 Thlr. zu rechnen ist, ferner in den Vieh- und Feld-Inventarien auf drey Gütern welche wenigstens zu 4000 Thlr. anzuschlagen gewesen, desgleichen in den Ackerpferden und Wagen, einem Reitpferde, Gewehren und andern dergleichen Mobilien welche etwa auf 2000 Thlr. in Anrechnung kommen mögen, bestanden, und hat daher das Allodial-Vermögen nebst dem Werthe der Lehngüter etwa eine Summe von 203000 Thlr. betragen, worin jedoch das der Wittwe zugefallene Weinlager und die Kostbarkeiten, welche nur zum Ueberschlage ungefähr auf 17000 Thlr. anzunehmen sind, nicht mit eingerechnet sind, da sonst wenn dies mit eingerechnet wird das ganze Vermögen ungefähr auf 220000 Thlr. sich belaufen würde;

Dagegen sind sämmtliche theils angeerbte theils neu aufgenommene Schulden nach der bey den Acten befindlichen Specification auf 160419 Thlr. 9 Ggr. angegeben, und ausserdem die Summe des von der Wittwe von B. wirklich eingebrachten Vermögens auf 200000 Fl. oder 110000 Thlr. angeschlagen und anerkannt worden; und hat daher die Summe aller Schulden das sämmtliche väterliche Vermögen mit etwa 50,000 Thlr. überstiegen.

Bey diesem Zustande des Vermögens, und zur Vermeidung eines nachtheiligen Concurses, hat die Wittwe von B. für sich und als Vormünderin ihrer Töchter, mit ihrem Sohne, im Jahr 1759 und 1760 einen Vergleich geschlossen, und sich dazu, wie dieses ausdrücklich in dem Vergleiche bemerkt ist, besonders dadurch bewogen gefunden, weil sie die vorgefundenen neu ausgestellten Obligationen und Wechsel zugleich mit ihrem Manne als Selbstschuldnerin unterschrieben, und daher wenn dessen nachgelassenes Vermögen nicht zureichen würde, selbige abzutragen verbunden gewesen sey;

In diesem Vergleiche ist das nach vorgedachtem Anschlage über 200000 Thlr. gerechnete Vermögen nach Abzug eines dem Obercammerherrn als Lehnerben daran angeblich gebührenden Lehnsstammes von 5574 Thlr. nur auf 171426 Thlr. mithin um 31574 Thlr. geringer, als die wirkliche Berechnung betragen, dem Lehnerben überlassen, und der Wittwe für ihre Ansprüche ein Quantum von 10233 Thlr. nebst dem Weinlager und den Pretiosen ausgesetzt, und jeder der Töchter zur Ausstattung und Abfindung aus dem Lehn und aus dem daran angenommenen Lehnsstamme eine Summe von 232 Thlr. bestimmt worden; jedoch ist damahls die Wittwe zur Vormünderin ihrer Töchter nicht bestellet gewesen, und in gedachtem Vergleiche nur so viel, daß sie zu dieser Bestellung sich bey hochfürstlicher Canzley melden werde, bemerkt, der Vergleich selbst aber unter gerichtlicher Auctorität nicht geschlossen worden: es erhellet auch nicht, daß die älteste Tochter, die Frau geheimte Räthin von B., welche damals schon majorenn gewesen, dazu ihre Einwilligung ertheilt habe,

Da nun auch die Lehngüter nach einem 5 Procent Fuße in Anschlag gebracht worden, diese aber nach der Landesgewohnheit höchstens nach dem 4 Procent-Fuße zu Capital hatten angeschlagen werden sollen; so hat der Obercammerherr durch diesen Vergleich 44250 Thlr. und daher nebst den vorgedachten nicht mit in Anschlag gebrachten Allodial-Stücken von 31574 Thlr. im Ganzen einen Vortheil von 75824 Thlr. erhalten;

Nachdem nun die Wittwe von B. gestorben, und sämmtliche Töchter deren Erben geworden, so entspringen folgende Fragen:

Erste Frage:

Ob gedachter Vergleich nicht deshalb null und nichtig sey, weil die Oberjägermeisterin von B. eines Theils nicht zur Vormünderin für ihre Kinder bestellt gewesen, andern Theils weil dieselbe ohne ein Allenations-Decret die Veräusserung der Immobilien ihrer Kinder vorgenommen hat?

Ob

Ob nun wohl 1) der Frau Wittwe von B. das natürliche und gesetzliche Recht zur Führung der Vormundschaft über ihre Töchter zugestanden, und eine besondere gerichtliche Bestätigung der mütterlichen Vormundschaft nach dem römischen Rechte nicht erforderlich ist,

Nov. 118. c. 5.

wenigstens sie als protutrix anzusehen seyn dürfte,

Sodann 2) bey dem geschlossenen Vergleiche es an einer gesetzlichen Ursache, wegen welcher eine Veräusserung unbeweglicher Güter der Unmündigen geschehen kann, nicht mangelt, indem sehr dringende und erhebliche Schulden, welche selbst den Bestand der väterlichen Verlassenschaft überstiegen haben, die rechtliche Ursache dazu abgegeben,

L. 5. §. 14. D. de reb. eorum qui sub tut.

überdem 3) die Wittwe wegen ihres ansehnlichen Eingebrachten die stärkste Forderung an dem Vermögen ihres Mannes gehabt, und da sie über ihre eignen Rechte und Forderungen zu paciſciren berechtiget gewesen, der eingegangene Vergleich wenigstens in Ansehung derselben zu bestehen scheinet;

Dennoch aber und dieweil 1) der Wittwe von B. in vielem Betrachte es an der rechtlichen Befugniß den gedachten Vergleich als Vormünderin für ihre Töchter einzugehen, gefehlt hat; immaßen 1) in dem Vergleiche selbst angeführt ist, daß sie die Bestellung zur Vormünderin von hochfürstlicher Canzley noch nicht erhalten habe, auch davon, daß sie nachher dazu bestellet worden, nichts zu ersehen steht, gleichwohl nach den gemeinen teutschen Reichsgesetzen kein Vormund, wenn er auch zur Führung der Vormundschaft ein gesetzliches Recht hat, der Vormundschaft sich unterziehen soll, es sey ihm denn deren Verwaltung zuvor durch die Obrigkeit decernirt und befohlen;

Reichs-Abschied v. J. 1548. tit. 32. und 1577. tit. 32. §. 2.

und daher ein obrigkeitlicher Auftrag zur Uebernahme der Vormundschaft bey einer Mutter um so mehr erforderlich ist, als eine Mutter nicht ipso iure Vormünderin ihrer Kinder ist, sondern die Vormundschaft ihr auf ihr Gesuch nur verstattet, und sie zu derselben nur unter den vorgeschriebenen Verzichtleistungen selbst nach dem römischen Rechte von der Obrigkeit zugelassen wird,

L. 2. C. quando mulier tut. offic.
Auth. Matri C. eod.
Henr. Hahn de tutela materna §. 36. 56.
Stryk in vsu mod lib. 26. tit. 3. §. 6.

der Mangel einer obrigkeitlichen Bestellung zur Vormundschaft aber eine Nichtigkeit eines so wichtigen Geschäftes als der in Frage kommende Vergleich ist, ausmacht, cum nullum sit, quidquid ab eo fit, qui id agendi potestate destitutus est;

L. 5. C. de legib.
Pütter de nullitate §. 13. in opusc. rei iudic. p. 296.

7 Eben so wenig 2) die Frau Wittwe von B. als protutrix den Vergleich mit einigem Bestande einzugehen vermocht hat, cum nulla dubitatio sit, eos, qui pro tutore negotia gerunt, non posse distrahere res pupillorum;

L. 8. pr. D. de reb. eorum qui sub tutela.
Leyser spec. 331. med. 1.

8 überdem 3) dieselbe, in dem Falle, daß sie auch zur Vormünderin ihrer Töchter obrigkeitlich bestellt gewesen wäre, den gedachten Vergleich mit einigem Bestande einzugehen doch nicht vermocht haben würde, weil solcher ihren eignen, des ansehnlichen Eingebrachten halber gemachten Anspruch, welchen sie an ihre sämmtlichen Kinder und an die ihren Töchtern angefallene väterliche Allodial-Erbschaft gemacht hat, mit betroffen, tutor ipse vero in causa propria auctoritatem interponere non potest;

§. vlt. I. de auctor. tutorum.
L. 1. L. 7. D. eod.

9 Demnächst III) gedachter Vergleich ohne gerichtliche Untersuchung und ohne ein zu dessen Schliessung ertheiltes obrigkeitliches Decret mit Bestande Rechtes nicht geschlossen werden können;

weil 1) durch denselben die ganze väterliche Allodial-Verlassenschaft mit allen Rechten und Verbindlichkeiten dem Obercammerherrn übertragen worden, mithin darin eine alienatio totius hereditatis geschehen ist, welche sowohl an und für sich, weil sie eine alienationem iurium enthält, als auch in Ansehung der darunter begriffenen unbeweglichen und sonst keinem Verderben ausgesetzten beweglichen Güter nicht ohne gerichtliche Auctorität vollzogen werden können;

L. vlt. C. de administr. tut.

10 Sodann 2) bey diesem Vertrage auf der einen Seite weder ein Inventarium über die zur Allodial-Erbschaft der unmündigen Töchter gehörigen Güter, ohne welches keine in die Führung der Vormundschaft einschlagende Geschäfte unternommen werden können, errichtet, noch auch der wahre Werth der abgetretenen Erbschafts-Güter durch eine Taxation beygebracht worden ist, diese Puncte gleichwohl bey dem Uebertrage einer ganzen Erbschaft nach der Natur einer dationis in solutum nothwendig in gerichtliche causae cognitionem gezogen werden müssen;

L. 5. §. 9. seq. L. 11. D. de reb. eorum qui sub tut.

11 Hiernächst 3) auf der andern Seite weder die Richtigkeit der angegebenen Schulden auf eine rechtliche Art in Gewißheit gesetzt worden, die Untersuchung der Schulden-Richtigkeit aber bey einer Veräusserung der Güter eines Unmündigen vorzüglich zu der nothwendigen gerichtlichen Erörterung gehört, und eben deshalb die Rechte versehen, quod ob aes alienum tantum causa cognita decreto praesidiali permittatur praedium minoris distrahere,

L. 12. C. de praed. et aliis reb. minor.

noch

noch auch in Ansehung der von der Wittwe von B. für ihren Mann in solidum übernommenen Obligationen ein rechtlicher Grund der Verbindlichkeit angeführet, und davon, daß sie diese Schulden ihres Ehemannes unter einem eidlichen Verzichte der Authenticae: Si qua mulier über sich genommen, mit keinem Worte in dem Vergleiche etwas erwähnet worden;

Solchemnach 4) die blosse Existenz dringender Schulden den getroffenen Vergleich nach der 12

L. 12. C. cit. tit.

nicht rechtfertiget, vielmehr der Mangel aller dabey nothwendigen gerichtlichen Erörterung und des decreti de alienando die Nichtigkeit des Vergleichs begründet;

L. 2. L. 10. L. 15. C. eod.

Eben so wenig III) gedachter Vergleich von der Frau Wittwe von B. in eignem Namen eingegangen werden können, da der Gegenstand des Vergleichs die väterliche gesammte Allodial-Erbschaft ausgemacht, über welche sie wegen eignen Rechtes zu disponiren, und diese dem Obercammerherrn zu übertragen nicht vermocht, und daher alles was sie hiebey unter der Eigenschaft einer Vormünderin gethan hat, in allem Betrachte nichtig geblieben ist,

Als halten wir den Rechten nach dafür:

daß gedachter Vergleich aus dem in der Frage angeführten doppelten Grunde für null und nichtig zu halten ist. 13

Zweyte Frage.

Ob die Geschwister des Obercammerherrn von B., da sie Erben ihrer Mutter geworden sind, und also deren facta prästiren müssen, schuldig erkannt werden können, den Vergleich, wenn er auch nichtiger Weise von der Mutter errichtet worden, gelten zu lassen, oder ob sie schuldig seyen, ihren Bruder wegen dieses Vergleichs, wenn er für nichtig erkläret werden sollte, schadlos zu halten, und ob es also rathsam sey, denselben ex capite nullitatis anzufechten? 14

Wiewohl nun 1) daraus, daß die Töchter von B. ihrer Mutter Erbinnen geworden, ein nicht geringer Anschein erwächßt, daß sie den von derselben eingegangenen Vergleich zu halten verbunden, wie solches die Rechte in ähnlichen Fällen in 15

L. 4. C. de rei vind.
L. 14. C. de euict.
L. 24. C. de donat.

verordnen,

wenigstens 2) die Verbindlichkeit, ihrem Bruder die Schadloshaltung und die Gewähr des geschlossenen Vergleichs halben zu leisten, sie als Erbinnen ihrer Mutter treffen, und ihnen daher die exceptio rei venditae et traditae bey der anzustellenden Nulli-

Nullitäts-Klage entgegenstehen dürfte, cum, quem de euictione tenet actio, eum agentem multo magis repellit exceptio;

L. 1. D. de exc. rei venditae et traditae.
L. 11. C. de euict.

16 endlich auch 3) hieben ein nicht geringes Bedenken daraus erwächßt, daß aus den Umständen des facti nicht abzunehmen ist, ob die Töchter von B. bereits die Jahre der Majorennität und wie lange sie solche erreicht haben, immaßen die Rechte versehen, daß eine absque decreto magistratus geschehene Veräusserung der Güter eines Minderjährigen, wenn sie titulo oneroso geschehen, bloß durch den Ablauf von fünf Jahren nach erlangter Majorennität stillschweigend genehmiget werde;

L. 3. C. Si maior factus alienationem factam sine decreto ratam habuerit.

17 Dennoch aber und dieweil 1) die in dem quästionirten Vergleiche enthaltene Veräusserung der ganzen väterlichen Allodial-Erbschaft theils von der Wittwe, als einer nicht legitimirten Vormünderin, theils ohne obrigkeitliches Decret, mithin gegen verbietende Gesetze nichtiger Weise geschehen ist, und in diesem Falle ein Erbe die nichtigen und gesetzwidrigen facta seines Vormundes zu halten, um so weniger verbunden ist, als die Rechte dasjenige, was gegen ein verbietendes Gesetz geschehen ist, pro inutili et pro infecto erklären;

L. 5. C. de legib.

und deshalb ein Erbe solches zu halten nicht verbunden werden mag, da der alienans selbst solches anzufechten berechtiget ist, res enim, prohibente lege, nulliter alienata cum ab herede alienantis, tum ab ipso alienante, licite potest repeti;

Reinharth in Obs. ad *Christin.* decisiones Vol. 3. obs. 10.

18 eben so wenig 2) die Erben der Wittwe von B. ihrem Bruder in Ansehung dieses Vergleiches eine Gewähr- und Schadloshaltung zu leisten verbunden sind, da derselbe nach dem klaren Inhalte des Vergleichs gewußt hat, daß seine Mutter zur Vormünderin der Schwestern noch nicht bestellt gewesen, demselben auch die Kenntniß der rechtlichen Verordnung, nach welcher das Vermögen seiner unmündigen Geschwister ohne obrigkeitliche Untersuchung und Decret ihm nicht abgetreten werden dürfen, nicht entstehen können, und daher ihm bey einem wissentlich nichtiger Weise eingegangenen Vergleiche kein Anspruch auf eine Schadloshaltung zusteht,

L. 27. C. de euict.
Voetius ad Pandect. lib. 21. tit. 2. §. 32.

19 weshalb 3) demselben die exceptio rei venditae et traditae auch nicht zu statten kömmt, weil selbige in jedem Falle wegfällt, si paciscens iustam causam habet, cur rem vindicet,

L. 1. §. 5. D. de exc. rei venditae et traditae.

iustis

iustis causis vero sine dubio accensetur, si alienatio contra legem prohibentem facta, quia tum ipso iure nulla est,

Reinharth l. c. obs. 10. num. 6., et Vol. 5. obs. 5.
Leyser spec. 190. m. 1. et spec. 242. m. 6.

Uebrigens wenn auch 4) nach erlangter Majorennität der Schwestern bereits fünf Jahre abgelaufen seyn sollten, dennoch wenn daraus eine stillschweigende Genehmigung des ohne obrigkeitliches Decret eingegangenen Vergleichs geschlossen werden soll, dazu eine genaue Kenntniß von der ganzen Beschaffenheit des Vergleichs erfordert wird, ratihabitio enim perfectam scientiam alienationis desiderat, 20

Leyser spec. 345. m. 7.
Carpzov. P. 2. c. 11. def. 30. n. 8.
Petr. Müllerus ad *Struuii* syntagm. iuris ciuil. exerc. 31. th. 86.

gleichwohl die Acten ergeben, daß die sämmtlichen Erben, weil es an einem Inventarium gänzlich gefehlt hat, erst nach dem Absterben ihrer Mutter eine genauere Nachricht von der Beschaffenheit der väterlichen Verlassenschaft mittelst begehrter Edition der Urkunden zu erlangen gesucht haben, und daher das quinquennium nach der Majorennität eher nicht als von Zeit der erlangten wirklichen Wissenschaft von der vorhandenen väterlichen Verlassenschaft den Anfang gewinnen können, nam qui praecipuas circumstantias ignorauit, vel prorsus circa easdem errauit, menteque sua alias, quam re ipsa fuerunt, circumstantias concepit, rem ratam habuisse dici nequit;

Leyser spec. 345. med. 8.

nicht zu gedenken, daß 5) der quästionirte Vergleich in Betracht dessen, daß der Obercammerherr daraus einen Vortheil von einigen 70000 Thalern erhalten hat, die Eigenschaft einer zum Theil titulo lucratiuo eingegangenen Convention für sich hat, in welchem Falle ein decennium nach erreichter Majorennität zu der stillschweigend anzunehmenden Ratihabition in 21

L. 3. C. si maior factus alienat. rat.

erfordert wird;

Demnächst 6) durch den Ablauf der fünf Jahre nur diejenige Nichtigkeit gehoben wird, welche aus dem Mangel eines obrigkeitlichen Decretes bey Veräusserung der Güter eines Unmündigen erwächßt, als wovon 22

L. 3. C. si maior fact. alienat. absque decret. fact. rat. hab.

handelt; hingegen in dem gegenwärtigen Falle eine doppelte Nichtigkeit daraus erwachsen ist, daß die Wittwe von B. zur Vormünderin überall nicht bestellet gewesen ist, und sie in ihrer eignen Rechtsangelegenheit einen Vergleich für ihre Töchter überall einzugehen nicht vermogt hat, eine solche Nichtigkeit aber, welche aus der mangelnden Legitimation der Contrahenten erwächßt, nach dem

Reichs-Abschiede vom Jahre 1654. §. 122.

unter

unter die unheilbaren Nichtigkeiten gehört, welche erst nach Ablauf von 30 Jahren gehoben werden;

Leyser spec. 345. m. 2.

nam ad eam nullitatem quae substantiam negotii concernit, non pertinet dispositio cit. L. 3.

Lauterbach ad L. vlt. C. si maior fact. alienat. rat. hab.
Berger in oecon. iuris lib. 1. tit. 4. th. 11.

Als erhellet aus solchem allem so viel:

23 daß wenn gleich die Schwestern von V. Erben ihrer Mutter geworden, sie dennoch den gegen die Verordnung der Rechte von derselben eingegangenen Vergleich gelten zu lassen für verbunden nicht zu halten, und ihrem Bruder dieses Vergleichs halben, wenn er für nichtig erkläret werden wird, kein rechtlicher Anspruch zustehet, von ihnen eine Schadloshaltung zu fordern, solchemnach es für dieselben rathsam ist, denselben ex capite nullitatis anzufechten.

Dritte und vierte Frage.

24 Ob allenfalls solcher Vergleich wegen Verletzung oder sonst aus einem andern Grunde angefochten und ganz rescindiret werden könne, und was dabey für eine Läsion zu erweisen, und wie das thema probandum zu bestimmen sey?

25 Ob nun zwar 1) in dem Falle, daß das quästionirte Geschäft nach der Eigenschaft eines im eigentlichen Verstande genommenen wahren Transactes zu betrachten seyn könnte, es eine bekannte streitige Rechtsfrage ist, ob ein Vergleich wegen einer enormen Verletzung rescindirt werden könne, indem dieses von verschiedenen Rechtslehrern, deren Meinung allerdings die erheblichsten Rechtsgründe für sich hat, für zulässig nicht geachtet wird,

Wildvogel de transact. ob laes. vltra dimidium non rescindenda.
Knorre de eod. argumento.
Gundling de stabilitate et instabilitate transactionis.

26 Dagegen 2) ein Transact eher ex capite doli vel erroris bey jeder Art von Verkürzung angefochten werden kann, und dazu einige Anzeigen in dem gegenwärtigen Falle sich hervorthun möchten, indem die Wittwe von V. bey Schliessung des Vergleichs keinen rechtsverständigen Assistenten gehabt, und bey den von ihr in solidum übernommenen Obligationen in welchem Maasse sie für ihren Mann mittelst eidlichen Verzichtes auf die Authentica: Si qua mulier rechtsbeständig sich verpflichtet habe, nicht angeführet worden, auch bey dem Vergleiche weder ein Inventarium über die Allodial-Erbschaft errichtet, noch auch eine Taxation der Erbstücke geschehen ist, noch alle Grundstücke, in den Anschlag des Vermögens gebracht worden sind;

27 Dieweil aber 1) der sogenannte Vergleich als ein wirklicher Transact im eigentlichen Verstande nicht angesehen werden mag, indem die Hauptpuncte worüber solcher geschlos-

geschlossen worden, in keinem Streite unter den Paciscenten begriffen gewesen sind, vielmehr das Eingebrachte der Wittwe darin anerkannt, ferner die angeerbten und neuaufgenommenen Schulden ohne Untersuchung für richtig angenommen, und die Verbindlichkeit der sämmtlichen Erben zu deren Abtragung sowohl als auch die Verbindlichkeit der Wittwe dafür in subsidium mit zu haften für richtig angenommen worden, und daher kein Rechtsstreit, welcher durch eine Transaction abgethan werden sollen, vorhanden gewesen ist, dieses gleichwohl zum Wesen eines Transacts gehöret,

L. 1. D. de transact.
L. 65. §. 1. D. de cond. indeb.

Vielmehr 2) dieser Vergleich nach dem in der teutschen Sprache hergebrachten weitläuftigen Verstande bloß die Eigenschaft eines Erbvergleichs und eines unter den Lehnerben und der Wittwe von B. für sich und für ihre Töchter als Allodial-Erben eingegangenen Vertrages enthält, worin über die Art und Weise, wie die Lehngüter und die Allodial-Erbschaft von einem besorglichen Concurse gerettet werden könnten, nach dessen deutlichem Inhalte paciscirt, und daher im Eingange desselben nur die Bewegungs-Gründe zu der beliebten Auseinandersetzung angeführet worden, ein solcher Vergleich aber einen wahren Vertrag, oder Erbvergleich enthält, wie solcher unter den Erben mit gleichen oder ähnlichen Namen bezeichnet zu werden pflegt, 28

Mencke in syst. iur. civ. lib. 10. tit. 2. §. 10.
Harpprecht consil. 54. n. 267.
Struben rechtliche Bedenken Th. 5. Bed. 137.

gleichwohl 3) bey einem solchen unter den Erben eingegangenen Erbvergleiche die zu beobachtende Gleichheit unter den sämmtlichen Erben ein wesentliches Stück ausmacht, 29

Crell de praesumtione aequalitat. in iudiciis diuisoriis §. 6. sqq.

und deshalb dabey der Rechtssatz zum Grunde liegt, quod etiam maioribus multoque magis minoribus omnibus, per fraudem vel dolum, vel saltim perperam sine iudicio factis diuisionibus subueniri debeat, cum in bonae fidei iudiciis quod inaequaliter factum esse consliterit in melius sit reformandum;

L. 3. C. communia vtriusque iudicii.

Weshalb 4) der quästionirte Vergleich nicht allein aus den bey den vorigen Fragen angeführten Gründen der Nichtigkeit, sondern auch euentualiter wegen der eintretenden Verkürzung angefochten und ad conuentionem in melius reformandum angetragen werden kann, beyde Klagen aber mit einander entweder alternatiue oder in subsidium cumuliret werden mögen; 30

Boehmer de act. Sect. 3. §. 6.
Carpzov lib. 2. resp. 55. n. 4.

und dann 5) zu demjenigen, was bey dem quästionirten Erbvertrage perperam geschehen ist, sowohl der Mangel eines Erbschafts-Inventariums und die unterbliebene Ta-

Taxation, nicht minder die dabey überall nicht in Anschlag gebrachten in den Acten bemerkten Grundstücke, und der nach dem 5 Procent-Fuß in Anschlag gebrachte Capital-Werth der Güter, als auch hinwiederum die Beschaffenheit der angeerbten Lehnsschulden und deren unterbliebene Absonderung von den nachher gewirkten Schulden, nicht minder die wahre Beschaffenheit der von der Wittwe von B. für ihren Ehemann übernommenen Verbindlichkeit, welche ohne Einsicht der angeblichen Schuldverschreibungen nicht beurtheilet werden kann, um so mehr zu rechnen ist, als eine Ehegattin und deren Erben auch dasjenige so sie wirklich indebite für ihren Ehemann bezahlt, zurück zu fordern berechtigt ist,

In diesem Betrachte aber 6) auf kein bestimmtes quantum laesionis es ankömmt, cum omne id quod perperam et inaequaliter factum, in melius reformandum sit;

L. 3. C. cit. tit.

31 Mithin 7) dasjenige, was als Zweifels-Grund angeführt werden, hiebey keine Anwendung leidet, immaßen es darauf ob ein wirklicher Transact ob laesionem enormem rescindirt werden könne, wie solches manche gleichfalls angesehene Rechtslehrer vermeinen,

Cocceii in iure contr. lib. 2. tit. 15. qu. 17.

in dem gegenwärtigen Falle, wo keine wahre transactio eingegangen worden, es nicht ankömmt;

Endlich die gleichfalls als Zweifels-Gründe angeführten Umstände zu Erhärtung eines doli nicht hinreichend sind, dieser auch überall einen strengen Beweis erfordert.

Als sind wir der rechtlichen Meinung:

32 daß der in Frage stehende Vergleich wegen der dabey vorgefallenen und eine Läsion zur Folge habenden Gesetzwidrigkeiten angefochten und deshalb auf Vergütung geklagt, und diese Klage, mit der Nichtigkeits-Klage in subsidium cumuliret werden, hergegen derselbe aus einem andern Grunde nicht leicht angefochten werden könne, übrigens dabey eine jedwede sich ergebende Läsion in Betracht gezogen werden könne.

Fünfte Frage.

33 Ob da in specie 1) dem Herrn Obercammerherrn ein sogenannter Lehnsstamm von 5574 Thlr. zugebilliget worden, welcher ihm jedoch bey einem wirklich entstandenen Concurse nicht hätte zugebilliget werden können, und 2) die Inventaria von den drey Gütern gar nicht mit in Anrechnung gebracht sind, derselbe nicht wenigstens verbunden sey, den dadurch entstandenen Verlust jetzt zur mütterlichen Erbschaftsmasse zu conferiren?

34 Ob nun wohl 1) der gedachte Lehnsstamm zu den Schulden welche auf den Lehngütern haften, deshalb mit einigem Anscheine gerechnet werden möchte, weil aus dem unter den 4 Söhnen des weiland Schatzraths von B. am 21ten Jul. 1738 errichteten

ten Erbvergleiche zu ersehen ist, daß der älteste Sohn, der weiland Hofjägermeister von B. die Lehngüter mit einer Schulden-Last von mehr als 60000 Thlr. übernommen hat, und dagegen einem jeden der Brüder nur ein reines Lehns-Quantum, welches mit dem Namen eines Lehnstammes benannt ist, zu freyem Genusse, jedoch unter der Bedingung eines dereinstigen Rückfalles in das Lehn zum voraus verbleiben sollen, solchemnach der Lehnsstamm der 3 übrigen Brüder eine ungezweifelte Lehnsschuld ausmacht, mithin auch das dem weiland Hofjägermeister ausgesetzte Lehns-Quantum nach gleichem Rechte zu betrachten seyn möchte;

Hiernächst 2) der Werth der Inventarien von den benannten Gütern unter dem auf 177000 Thlr. gemachten Anschlage der sämmtlichen Lehngüter mitbegriffen zu seyn scheint, weil in dem §. 22. des Vergleichs ausdrücklich bemerkt ist, daß gedachter Anschlag als eine in Bausch und Bogen verglichene Summe anzusehen, deshalb aber, daß darauf den Schwestern kein Anspruch zustehe, es scheinen dürfte; 35

Dennoch aber und dieweil 1) das bis auf eine Summe von 6967 Thlr. 12 Gr. angewachsene Lehns-Quantum, welches den drey Brüdern des weiland Hofjägermeisters zu ihrer Abfindung aus dem Lehne ausgesetzt worden, zwar die wahre Eigenschaft eines sogenannten Lehnstammes hat, da ihnen dasselbe aus dem Lehne in dem Maasse, daß darin eben so wie im Lehne succedirt werden solle, versichert worden, als worin das Wesen und die Beschaffenheit eines solchen Lehnstammes besteht; 36

Westphals Lehnrecht 3te Abhandl. §. 4.

hergegen die gleiche Summe welche dem weiland Hofjägermeister an den Lehngütern zu seinem reinen Antheile und Genusse verblieben ist, bloß in Rücksicht der paciscirenden Brüder in dem Falle, daß derselbe ohne Lehn-Erben verstorben wäre, zum Besten der Allodial-Erben desselben die Eigenschaft eines Lehns-quanti in der einzigen Absicht behalten können, daß dessen Brüdern das Lehnfolgerecht nur bis auf gedachte Summe an dem Lehne zugestanden, und sie dagegen eben so viel als derselbe von den übernommenen Schulden etwa abgetragen hätte, den Allodialerben desselben aus dem Lehne zu vergüten schuldig gewesen seyn würden, dahingegen dies mittelst der Theilung ihm angewiesene Lehnsquantum an und für sich selbst und in Ansehung seiner eigenen Lehn-Erben und eines jeden Dritten die Eigenschaft einer Lehnschuld offenbar verloren hat, weil der weiland Hofjägermeister als wirklicher Lehnfolger dies Lehns-Quantum an den Lehngütern in natura empfangen, und durch die erhaltene Lehnfolge das in der Theilung ihm angewiesene Lehns-Quantum wirklich und auf gleiche Weise ihm abgetragen worden ist, als eine Schuld durch Bezahlung getilgt wird, folglich der Obercammerherr von B. als dessen Lehnfolger dasselbe seinen Geschwistern unter der Eigenschaft einer noch auf den Gütern haftenden Schuld in Anrechnung zu bringen nicht vermocht hat, zumahl da der Zustand der Lehngüter, wie er zur Zeit des Lehn-Anfalls 1758 gewesen, wie deren jährlicher Pacht-Ertrag von 9495 Thlr. ergibt, den Werth derselben vom Jahre 1738 um ein ansehnliches überstiegen hat, und die Lehngüter dem Obercammerherrn von B. nicht bloß nach dem Lehns-quanto, sondern nach dem vom weiland Hofjägermeister verbesserten Zustande angefallen sind,

37 woraus zugleich die Wirklichkeit der den Geschwistern erwachsenen Verkürzung sich offenbaret, indem nur ⅐. des gedachten Lehns-quanti zu der Abfindung und Ausstattung derselben aus den Lehngütern berechnet worden, da ihnen doch diese Abfindung nach dem verbesserten Zustande der Lehngüter, worin diese im Jahre 1758 gestanden, und nach dem in den herzoglich Braunschweigschen Landen angenommenen Abfindungs-Fuße um so mehr hätte zugebilliget werden müssen, als die Lehngüter dem Obercammerherrn von B. nach dem reinen zu 5 Procent gerechneten Pachtertrage in dem Vergleiche zugeschlagen worden sind,

38 So viel demnächst 2) die Inventarien der benannten Lehngüter betrifft, selbige unstreitig zur Allodial-Erbschaft gehören, auch in dem bestimmten Anschlage der Lehngüter wie solcher bey dem Vergleiche zum Grunde gelegt ist, nicht mit aufgeführt worden sind, hierauf gleichwohl die verglichene Summe von 177000, für welche die Lehngüter angesetzt worden, beruhet, folglich daraus sich klar ergibt, daß die Inventarien der sämmtlichen Lehngüter unter dieser verglichenen Summe nicht mit in Anschlag gekommen sind, obwohl dies ohne eine merkliche Verkürzung der Geschwister nicht unterbleiben können;

39 Solchem auch nicht entgegensteht, daß die Summe des ganzen Vermögens der angegebenen einzelnen Posten ungeachtet für eine in Bausch und Bogen gerechnete Summe, in §. 22. des Vergleichs angenommen ist, immaßen doch keine andere Stücke als welche in dem Verzeichnisse der Güter enthalten sind, unter die nach dem Ertrage in Bausch und Bogen angeschlagene Summe gerechnet werden können, mithin die darin nicht verzeichneten Stücke, welche doch ihrer Eigenschaft nach den Werth der Güter hätten erhöhen müssen, ad non cogitata gehören, und daher für nicht mit übertragen gehalten werden können;

Wie dann der Obercammerherr von B. aus einem völlig gleichen Grunde die in dem Vergleiche nicht in Ansatz gekommenen und dem Anschlage nicht mit einverleibten 20 Rthlr. jährliche Abgaben an den zeitigen Prediger als einen Mangel des Anschlags angegeben, und deshalb, daß das dafür zu 420 Rthlr. gerechnete Capital hinwiederum von dem angeschlagenen Ertrage der Lehngüter in Absatz gebracht werde, den Vergleich vom 23ten May 1760 ausgewirkt hat;

Als gehet unsere rechtliche Meinung dahin:

daß 1) dem Obercammerherrn von B der sogenannte Lehnstamm von 5574 Rthlr. mit Bestande Rechtes als ein Voraus nicht zugebilliget werden könne,

und da 2) die Inventaria von den Gütern in Anschlag nicht gebracht worden, der Obercammerherr von B den dadurch entstandenen Verlust zum wenigsten nunmehr zur mütterlichen Erbschaftsmasse zu conferiren verbunden sey. 1786.

Num. 168.

Num. 168.

RESPONSVM.

THEMATA GENERALIA.

I. Decimator vniuerſalis, qui ſpecialem titulum iuris decimandi allegare non poteſt, ex noualibus agris decimas ſibi vindicare nequit.

II. Fundi ordinis Teutonici a noualibus decimis per priuilegium immunes ſunt.

Argvmenta specialia.

Species facti. n. 1.
Quaeſtiones. n. 2.

Rationes dubitandi.

Decimatori vniuerſali ius decimas de noualibus exigendi competit. n. 3.
Quocum in caſu propoſito obſeruantia conuenit. n. 4.
Decimator qui ex noualibus decimas percepit, in poſſeſſione vel quaſi tuendus eſt. n 5.
Ius principis ad decimas nouales fundatum non eſt. n. 6.

Rationes decidendi.

In caſu propoſito ius decimandi per obſeruantiam acquiſitum eſt. n. 7.
Obſeruantia quidem loco tituli eſt, at ius decimandi vlterius non extendi poteſt ac per obſeruantiam conſtitutum eſt. n 8. 11.
Ius decimas ex noualibus percipiendi itaque ex ſolo iure decimandi colligi non poteſt. n. 9. 11.
Nec de quolibet decimatore valet, quod de parocho decimatore iure cautum eſt. n 10.
Nec ius percipiendi decimas de noualibus in caſu propoſito per obſeruantiam probari poteſt. n. 12. 13. 14.
Per obſeruantiam potius contrarium conſtitutum eſſe, euincitur. n. 15.
Nec de poſſeſſione vel quaſi iuris decimas nouales percipiendi conſtat. n 16.
Potius immunitas in aperto eſt. n. 17.
Si ius decimandi ad certos fines adſtrictum eſt vlterius extendi non debet. n. 18.
Loca publica decimis eccleſiaſticis non ſunt ſubiecta. n. 19.
Ordo teutonicus a decimis noualibus per priuilegia immunis eſt. n. 20.
In cap. 34. X. de decimis, abuſus huius priuilegii modo prohibitus eſt. n. 21.
Conſultius eſt rem deciſioni iudiciali quam arbitrali committere. n. 22.
Quaeſtionum deciſio. n. 23.

Rechtsgutachten.

In der dem teutſchen Orden zuſtändigen freyen Herrlichkeit St. Petersfüren beſitzt die Landcommende Altenbieſen eine anſehnliche Waldung unter dem Namen des 1

loobusches. Aus dieser Waldung hat der Landcommenthur Freyherr von B. seit einigen Jahren beträchtliche Strecken zu Wiesen und Ackerland urbar machen zu lassen für gut befunden, und einen neuen Pachthof zum Vortheil der Landcommende darauf angelegt,

Von diesen neu bebaueten Gründen verlangt nunmehr das Stift zu St. Martinsfüren den Noval-Zehnten aus dem Grunde, weil es in der ganzen Herrschaft, den Zehnten zu erheben, allein das Recht habe, folglich ihm als allgemeinem Zehntherren auch das Recht auf den Rottzehnten zustehe;

Von Seiten der Balley wird jedoch dem benannten Stifte das allgemeine Zehntrecht nur unter der Einschränkung eingeräumt, daß selbiges auf die Waldungen und einige andere Stücke, welche zehntfrey seyen, nicht ausgedehnt werden könne; und daher behauptet dieselbe, daß das Stift zu der Erhebung des Rottzehntens von den neubebaueten Gründen nicht berechtiget sey;

Immittelst hat das Stift den Vorschlag gemacht, die in Streit gezogene Frage durch einen schiedsrichterlichen Ausspruch entscheiden zu lassen, und deshalb angetragen, daß die beyderseitigen Gründe einem sichern, in einer öffentlichen Bedienung stehenden Manne zu einer bestimmten Zeit überreicht, sodann von diesem der ganze Verfolg an eine unpartheyische, keinem Theile bekannte Universität, geschickt werden, und die von dieser abgefaßte rechtliche Entscheidung beyden Theilen zur Richtschnur dienen, und davon keine Appellation statt finden solle;

Bey dieser Lage der Sache erwachsen nach Maasgebung der in der Geschichtserzählung angeführten und sonst in den Anlagen enthaltenen Gründe nunmehr folgende Hauptfragen:

2

1) Ob das Stift zu St. Martinsfüren einen rechtlichen Grund für sich habe, von dem von der Landcommende neubebaueten Lande den Novalzehnten zu fordern, oder ob diese Forderung für gegründet nicht zu halten sey, vielmehr die Landcommende sich mit hinlänglichen Gründen gegen die Forderung des gedachten Novalzehntens schützen, mithin sowohl im Falle einer schiedsrichterlichen als in dem Falle einer gerichtlichen Entscheidung, einen vortheilhaften Ausspruch gewärtigen könne?

2) Ob es für rathsam zu halten sey, daß die Landcommende das vorgeschlagene Compromiß eingehe, oder ob sie nicht vielmehr besser handele, wenn sie die Entscheidung dieser Sache den Gerichten überlasse?

3

Ob nun wohl das Stift St. Martinsfüren 1) den Grund seiner auf den Noval-Zehnten gerichteten Forderung, darin gesetzt hat, daß ihm in der Herrschaft St. Petersfüren das Recht dem Zehnten zu erheben allein zustehe, dieses alleinige Zehntrecht auch die Eigenschaft eines allgemeinen Zehntrechtes habe, mithin ohne Einschränkung auf alle in der Herrschaft liegenden Grundstücke, so weit nicht eine Zehntfreyheit derselben dargethan werden könne, gegründet sey, wie denn die Aussage der zwey Zeugen,

gen, welche den Zehnten ziehen helfen, dahin geht, daß das Stift von allen Ländereyen in der Herrschaft St. Petersfüren, nur diejenigen ausgenommen, welche dem Küster den Zehnten geben, oder die einer besondern Befreyung zu geniessen haben, den Zehnten zu erheben habe;

Auf das allgemeine Zehntrecht aber 2) das Recht auf den Novalzehnten sonst gegründet werden könne, weil 1) alles Land, was in der Zehntflur begriffen, dem Zehnten unterworfen zu seyn, den Rechten nach vermuthet werde, und daher in

C. 27. X. de decimis.

versehen sey, quod cui maius concessum est, vt videlicet decimas de laboribus terrae parochiorum cum integritate percipiat, decimas de noualibus exigere possit, quia vbi maius conceditur minus concessum esse videtur;

darneben 3) das Stift den Noval-Zehnten ohne Unterschied, ob das Land den Eingesessenen der Herrschaft oder der Commende zugehöre, hergebracht zu haben behauptet, wie denn auch zwey Zeugen ausgesagt haben, daß das Stift

allezeit den Zehnten von allem Neubruch zu Petersfüren genossen habe, sowohl von Gräben, Dreischen, als sonsten,

selbige auch dabey zur Ursache ihres Wissens angegeben haben,

daß auf der Brabantischen Heyde ungefähr ein Bunder, ingleichen in dem Ackerlande des Hofes vor Braband, der an die Commenderie zu St. Petersfüren gehört, ungefähr 1 Morgen, und 3 grosse Ruthen urbar gemacht seyen, und den Zehnten gäben, endlich alle andere Einwohner jederzeit an das vorbenannte Capitel ohne Weigerung den Zehnten hätten verabfolgen lassen;

nicht minder 4) zwey Zeugen, welche von dem grossen Zehnten daselbst genaue Kenntniß zu haben behauptet, die bestimmte Anzeige gethan haben, daß als

a) auf dem sogenannten Rulande im Jahre 1626 aus dem Loobusche 16 Bunder in Erbpacht gegeben worden, ungefähr ½ davon, welches durch den sogenannten Mühlenweg sich scheidet, den Zehnten gebe,

auch b) noch ein Stück,

so längst dem Loobusche auf dem Rülen liegt,

an das Stift den Zehnten entrichte;

nicht minder c) ein Kamp vor dem Hofe Braband, so zwischen dem Loobusche liege, mit Ausnahme des längs der Loe liegenden Striches des Kampes der zehntfrey sey, den Zehnten gebe;

desgleichen d) von einem Drittel der vier am Syppersberge unter dem Loobusche gelegenen Bunder der Küster den Zehnten ziehe, von einem andern Drittel aber und zwar von dem in der Mitte belegenen Lande das Stift denselben erhebe, und nur der Rest, nach den ausgerotteten Gründen zu, zehntfrey sey;

Hieraus

5 Hieraus aber 5) sich zu ergeben scheint, daß das Stift auch von dem herrschaftlichen Lande, ohne Unterschied der Lage desselben, und ob solches dem Loobusche nahe gelegen oder nicht, den Rottzehnten hergebracht habe, und dasselbe dadurch wenigstens die possessionem vel quasi den Noval-Zehnten zu erheben, begründen, und auf die Manutenenz in possessorio, so lange bis die Landcommende eine Befreyung in petitorio beygebracht, antragen dürfte, immaßen auf den Besitz, den Noval-Zehnten in der Zehnt Gemarkung zu erheben, auch die possessorischen Rechtsmittel ex canone redintegranda et ex interdicto vti possidetis gegründet werden können, wie aus einem Erkenntnisse in

Cramer obs. iur. vniu. tom. 2. obs. 478.

zu ersehen steht,

6 dahergegen 6) die Zehntfreyheit von besagten Grundstücken, wenn sie auf das landeshoheitliche Recht den Noval-Zehnten erheben zu können, gegründet wird, nicht geringen Zweifeln ausgesetzt ist, indem solches den Grundsätzen des canonischen Rechts widerspricht, und weder aus der Natur der Landeshoheit, noch auch aus den Rechten, welche der Landeshoheit nach den teutschen Reichsgesetzen beygeleget sind, sich herleiten läßt, und daher schon

Harpprecht in Consil. Vol. I. cons. 14. n. 72. sqq.

diese Forderung für gegründet nicht gehalten hat, in diesem Betrachte aber, daß die Anforderung des Stiftes Martinsfüren auf einem Rechtsbestande beruhe, es das Ansehen gewinnet;

7 Dennoch aber und dieweil I) die wahre Eigenschaft des Zehntrechtes des Stifts St. Martinsfüren, worauf der ganze Anspruch desselben auf den Noval-Zehnten beruhet, zuvörderst in rechtlichen Betracht zu ziehen ist,

und dann 1) weder davon, daß besagtes Stift das Zehntrecht aus einem Pfarr-Rechte erlanget, noch auch davon, daß dasselbe eine Verleihungs-Urkunde darüber erhalten habe, in den Acten etwas zu ersehen steht, vielmehr die anliegenden Zeugnisse sich bloß auf das Herkommen beziehen, und daß daher das Stift das Zehntrecht in der Herrschaft Petersfüren nur durch Observanz erworben habe, um so mehr anzunehmen ist, als dasselbe keinen andern Titel dazu angeführet, und die Landcommende demselben das Zehntrecht nur in so weit, als es hergebracht ist, eingeräumet hat,

weswegen 2) das Zehntrecht, welches besagtem Stifte zusteht, nicht nach den kirchlichen Rechten, nach welchen es nur den Bischöfen und Pfarrern gebührt, sondern bloß nach dem besondern Erwerbungs-Grunde zu betrachten ist, vermöge dessen es den Collegiat-Stiftern und Klöstern zu Theile geworden, als welches erst gegen das Kirchengesetz in den späteren Zeiten geschehen ist,

Espen in iure eccles. vniuerso P. 2. Sect. 4. tit. 2.
Riegger in institut. iur. eccl. P. 3. §. 484.

wo-

woben zwar 3) das angeführte Herkommen als ein hinlänglicher Teitl zu dem erworbenen Zehntrechte in der Herrschaft Petersfüren anzusehen ist, cum decimae necessario soluendae sunt, quae debentur ex loci consuetudine approbata, 8

C. 32. X. de decimis.

und darauf auch die Reichsgesetze sehen, nach welchen das ius commune et cuiuslibet loci consuetudo et obseruantia im teutschen Reiche bey dem Zehntrechte zum Grunde liegt;

Instr. Pac. Westph. art. V. §. 47.

Hingegen 4) das alleinige Zehntrecht welches gedachtes Stift in der Herrlichkeit Petersfüren erlanget hat, deshalb nicht für ein allgemeines Zehntrecht, welches auf alle Grundstücke derselben Herrlichkeit geht, angesehen werden mag, da es theils nach der Natur des Titels nur so weit, als das Herkommen geht, für begründet zu achten ist, theils auch die Zeugen nur von dem Herkommen aussagen, und darauf schon der Unterschied unter den theils zehntbaren theils nicht zehntbaren Länderenen daselbst beruhet;

Folglich 5) besagtes Stift die ganze Herrlichkeit Petersführen nicht für ihre Zehntflur oder Zehntgemarkung anzugeben vermag, sondern dasselbe nur in Ansehung der Districte, auf welche es das Zehntrecht hergebracht hat, zu demselben für berechtiget zu halten;

Solchemnach II) besagtes Stift von dem in der Herrlichkeit Petersfüren solchergestalt hergebrachten Zehntrechte eine Folge auf den in Anspruch genommenen Noval-Zehnten, mit Rechtsbestande nicht ziehen kann; 9

indem 1) wenn gleich die herrschaftliche Waldung, der Loobusch genannt, einen Theil gedachter Herrlichkeit ausmacht, dennoch daraus, daß diese Waldung unter die Zehnt-Gemarkung gehöre, nicht folgt, zumahl da diese von den Länderenen der Eingesessenen abgesondert liegt, und unter der beständigen Eigenschaft einer Waldung nie ein Gegenstand des Zehntrechts gewesen ist, mithin das auf dem Herkommen beruhende Zehntrecht überall keine Anwendung auf den Loobusch leidet, weshalb auch die davon ausgebrochenen 40 Bunder dem Zehnten nicht unterworfen sind;

Hieben auch 2) von dem 10

C. 27. X. de decimis.

keine Anwendung sich machen läßt, als welches von einem dem Pfarrer nach den kirchlichen Rechten innerhalb eines gewissen Districts zustehenden allgemeinen Zehntrechte handelt, hingegen ben einem ex titulo speciali erworbenen Zehntrechte, dergleichen nur das Stift anführen kann, die Folge auf den Noval-Zehnten den Rechten nach anders nicht gemacht werden kann, als wenn dazu eine causa rationabilis eintritt, ex qua apparet, noualium decimas ad eos pertinere qui ibidem decimas percipiunt;

C. 29. X. de decimis.

C. 2. in pr. de decim. in 6to.

11 Folglich 3) bleibt die Observanz und Gewohnheit, auf welcher das Zehntrecht des Stifts selbst beruhet, einen Grund zu dem Noval-Zehnten weiter nicht, als in soweit solches ebenfalls hergebracht ist, abzugeben vermag, allermaßen es als ein reichsgesetzmässiger Grundsatz anzunehmen ist, quod in ceteros status imperii et subditos id iuris sit, quod ius commune vel cuiuslibet loci consuetudo et obseruantia de decimis ex noualibus constituunt, vel per pactiones voluntarias conuentum est;

Instr. Pac. Westph. art. 5. §. 47.

12 Und wenn nun 4) die Beschaffenheit des Herkommens, nach welchem gedachtes Stift den Rottzehnten hergebracht hat, in Erwägung gezogen wird, aus dem Zeugnisse des Gerichts oder Herrlichkeit Petersfüren nur so viel erhellet, daß weil es von Zeit zu Zeit geschehen, daß einige an die Länderenen gränzende und nur wenige Ruthen enthaltende Hecken oder Gräben, urbar gemacht, in Bauland verändert, und den Länderenen einverleibet sind, auch diese neuen Zubehörungen eines zehntbaren Landes ohne Unterschied mit verzehntet worden, hingegen ausdrücklich bezeugt ist, daß dem Gerichte kein Fall, wo von einem ausgebrochenen besondern Stücke Landes der Novalzehnte abgefordert und gegeben sey, bekannt geworden, gedachtes Gericht auch dieses Zeugniß nicht allein auf das Hörensagen von alten Leuten und Unterthanen gegründet hat, sondern nach angestellter genauer Nachforschung in den Realisations- und Rapports-Büchern kein Stück oder Theil gefunden zu haben bezeugt, welches dem Rottzehnten unterworfen sey, und dann ferner bemerkt, daß die sogenannten Gräben zu den daran liegenden Gründen gehören, hingegen die Eigenschaft eines gemeinen Grundes nicht haben, mithin als Zubehörungen eines zehntbaren Landes unter den Zehnter gezogen worden, dieses gerichtliche Zeugniß aber, da es nach vorhergehender Nachforschung in den gerichtlichen Nachrichten ausgestellet ist, so lange allen Glauben hat, als nicht Fälle, daß von urbar gemachten Grundstücken der Rottzehnte gefordert und erhoben worden, beygebracht werden können, testimonium iudicis enim, praeuia inquisitione, ex actis publicis datum, vim probandi habet;

Reinharth in obs. ad Christinaei decis. Vol. 4. obs. 66.
Mevius P. 5. dec. 357. n. 4.
Menochius tom. 1. cons. 34. n. 20. sqq.

13 demnächst so viel besonders 5) das der Landcommende zugehörige Ruland betrifft, in nur gedachter gerichtlichen Erklärung aus den Realisations-Protocollen genau bezeugt worden, daß den letzten Jan. 1626 16 Bunder und anderthalb Morgen groß in einem Stücke nach Osten an den Loobusch und nach Westen an die Gemeinde zu Petersfüren gränzend, von dem damahligen Landcommenthur gegen einen von jedem Bunder jährlich zu zahlenden Canon von 5 Thlr. ausgegeben, und bey Ueberlassung dieses Grundstückes einige Meldung eines davon zu erlegenden Rottzehntes, dessen Abforderung sonst einen Gewährsmangel abgegeben haben würde, nicht gemacht worden, ferner das Herkommen der folgenden Jahre nur so viel ergebe

daß

daß ungefähr ein Drittel davon, gränzend an die benachbarten Güter, dem Zehnten unterworfen, und der Ueberrest nach der Seite des Loobusches vom Zehnten frey sey,

welche Observanz mit der Aussage beyder Zeugen die die Gränzen des zehntpflichtigen Drittels durch den durchgehenden Mühlenweg bezeichnen, übereinstimmt, und daraus so viel abzunehmen ist, daß, da das ganze ausgebrochene Stück Land von 16 Bundern nicht zehntpflichtig ist, das eine Drittel davon mittelst besonderer Verträge und Vergünstigungen dem Zehnten unterworfen worden, cum decimae ex nouslibus etiam per voluntarias pactiones perinde ac consuetudines loci et obseruantia constituantur;

Instr. Pac. Westph. art. 5. §. 42.

Ferner 6) eine gleiche Observanz bey der aus 4 Bundern bestehenden Brabauter Heyde eintritt, indem vermöge der gerichtlichen Erklärung vom 16. Jul. 1782. 14

davon vermöge Tradition ungefähr der dritte Theil, gränzend an die Ländereyen der Einsassen, Zehnten gibt, und die zwey andern Drittel, gränzend und liegend nach der Seite der Ländereyen des Neuen-Hofes zehntfrey sind;

und obzwar 7) von den Zeugen noch ein Stück Landes.

so längs dem Loobusche auf in Sulen liegen und den Zehnten geben soll,

angegeben worden, dennoch solches für eine irrige und ohne genugsame Aufmerksamkeit ertheilte Anzeige der Zeugen von dem Schultheissen und Schöppen der Herrlichkeit St. Petersfüren erklärt ist und auch das Gericht vermöge eigner Kenntniß es bestätigt hat, daß allda ein solcher Kamp sich gar nicht befinde,

Solchem allem nach III) hieraus so viel erhellet, daß gedachtem Stifte von einem Drittel der dem hohen teutschen Orden zugehörigen und an das Land der Eingesessenen gränzenden Ländereyen, ohne die besondern Gründe und Veranlassungen dazu aus den alten Zeiten bestimmen zu können, bloß einem Herkommen nach der Rottzehnte gegeben worden, hingegen der größte Theil dieser Ländereyen, welche nach der Buschseite zu liegen, beständig frey geblieben ist, und dieses die consuetudinem loci, als den gesetzlichen Grund ausmacht, worauf bey Abforderung des Rottzehntens Rücksicht zu nehmen ist, folglich, da in dem gegenwärtigen Falle gerade von den aus dem Loobusche ausgerodeten 40 Bunder Landes die Frage erwächst, daraus die sichern Folgen sich ergeben, 15

daß 1) gedachtes Stift aus dem in der Herrlichkeit Petersfüren hergebrachten alleinigen Zehntrechte eine rechtliche Vermuthung für den Rottzehnten überall nicht begründen könne;

dasselbe auch 2) keine actus possessorios den Rottzehnten von dem herrschaftlichen nach dem Loobusche zu liegenden, vordem urbar gemachten Lande zu erheben, anzuführen vermöge, und derjenige Zehnte der von dem einen Drittel erhoben wird, auf alten Herkommen beruhe, und eben deshalb, weil er nur einen geringen bestimmten Theil Landes betrifft, auf besondern Gründen von alten Zeiten her, beruhen müsse, folglich 16

 das

das Stift auf eine possessionem vel quasi in Ansehung des Rottzehntens, sich nicht beziehen, noch also darauf ein possessorium mit einigem Rechtsbestande begründen könne;

17 Vielmehr 2) die Landcommende aus dem zehntfreyen Besitze der zwey Drittel der an den Loobusch anstoßenden Rolands- und Brabantischen Heyde eine anderthalb hundertjährige possessionem vel quasi der Zehntfreyheit für sich hat, und damit gegen die Forderung des Rottzehntens an dem neu ausgebrochenen Lande des Loobusches sich zu schützen vermag, da nicht allein ex actibus eiusdem generis ein Besitz begründet werden kann,

Wernher P. 6. obs. 368.

sondern auch bey der Zehntfreyheit die hergebrachte Gewohnheit, vornemlich in Betracht zu ziehen ist.

C. 18. c. 20. X. de decimis.
Barthel de decimis Sect. 7. §. 2. tom. 2. opusc. p. 776.

18 Demnächst IV) in dem Falle daß auch gedachtes Stift den Rottzehnten auf der Feldmark zu Petersfüren hergebracht zu haben, beweisen könnte, dennoch der Landcommende in Ansehung des aus dem Loobusche ausgebrochenen Landes, erhebliche Gründe zur Behauptung der Zehntfreyheit zu statten kommen;

indem 1) diese Waldung an und für sich selbst in der natürlichen Freyheit von allem Zehnten steht, und unter der Zehnt-Gemarkung nicht begriffen ist, gleichwohl der Zehnte, schon einer alten Verfassung gemäß auf bestimmte Gemarkungen eingeschränkt ist, und dasjenige Land, was unter derselben nicht begriffen, ohne einen besondern Grund unter die Zehntpflichtigkeit nicht gezogen werden mag, welcher alten und überall hergebrachten Verfassung schon in einer alten Urkunde Otto des Iten vom Jahre 956 gedacht wird, und decimae regales von den geistlichen Zehnten abgesondert werden, quod nulli vnquam termino episcopali vel ecclesiae essent subiectae,

Hontheim in Histor. diplom. Treuir. tom. 1. p. 288.

19 Hiernächst auch 2) diese Waldung unter der Eigenschaft eines landesherrschaftlichen Grundes dem kirchlichen Zehnten für unterworfen nicht zu halten ist, immaßen die Landesherrn, wenn sie öffentliche Güter zur Cultur an Privatpersonen angewiesen haben, die sogenannten decimas dominicales sich selbst vorbehalten, hingegen dergleichen bona publica unter den kirchlichen Zehnten nicht haben ziehen lassen, woraus das Herkommen im teutschen Reiche, dessen so viele von

Pfeffinger in Vitriario illustr. lib. 3. tit. 18. §. 75.

angeführte Rechtslehrer gedenken, erwachsen ist, nach welchem der Rottzehnte von Neubrüchen die aus desertis aliisque locis publicis von Unterthanen genommen sind, zu den Rechten des Landesherrn gerechnet wird, welches, in so fern von öffentlichen Grundstücken eines Landes die Frage ist, auch gegen die von

Harpprecht l. c.

an-

angeführten Zweifel einen sichern Grund für das landesherrliche Recht abgibt, so wie aus einem gleichen Grunde den Privateigenthümern wüster Ländereyen das Recht zu einem Rottzehnten, wenn sie dergleichen wüstes Land gegen einen Zehnten zur Cultur verleihen, dem teutschen Herkommen zu Folge eingeräumt wird,

Pufendorf obs. tom. 3. obs. 131.

hieraus auch zugleich das Herkommen im teutschen Reiche bestätiget wird, daß diejenigen, welche sonst den ordentlichen Zehnten erheben, den Rottzehnten von landesherrschaftlichen Gründen, die niemals zehntpflichtig gewesen sind, nach deren erfolgter Cultur nicht ziehen können;

Struben in Nebenstunden Th. 5. Abh. 35. §. 13.

Insbesondere noch 3) der Landcommende dabey die Privilegien des hohen teutschen Ordens zu statten kommen, kraft deren derselbe durch die Bulle des Pabstes Honorius des IIIten de dato 6 Id. Febr. anno Pontificat. 5. und durch die zu deren Erläuterung von eben demselben Pabste ertheilte Bulle de dato 3. Cal. Iul. anno Pontificat. 9. 20

apud Duellium in historia ordinis Teuton. P. 2. p. 5.

von allen Zehnten, theils von possessionibus habitis ante concilium generale, theils von allen eignen Ländereyen, die auf des Ordens eigne Kosten zur Cultur gebracht sind, dergestalt befreyet worden,

vt a solutione decimarum tam de terris, quam de possessionibus memoratis, quas propriis manibus aut sumtibus excolunt, liberi sint penitus et immunes,

diese Privilegien auch in dem gegenwärtigen Falle bey den aus dem herrschaftlichen Loobusche auf eigne Kosten der Landcommende zur Cultur gebrachten 40 Bundern ihre völlige Anwendung erhalten, weil die benannte Waldung, ohne erörtern zu dürfen, wann sie von der Landcommende acquiriret ist, als deren eignes und herrschaftliches Gut anzusehen und unter der Eigenschaft einer Waldung von Anbeginn nie zehntbar gewesen ist,

diesem auch 4) das

C. 34. X. de decimis.

nicht entgegensteht, indem darin nur die Mißdeutung der Privilegien, welche verschiedene Orden gemacht haben, und nach welcher man solche Privilegien auf possessiones, de quibus decimae debentur zum Nachtheile anderer auszudehnen gesucht hat, verworfen worden ist und derentwegen nur versehen ist, daß die privilegirten Orden von denjenigen Gütern, die dem Zehnten unterworfen sind, den gebührenden Zehnten zu entrichten schuldig seyn sollten, ein gleiches auch in der schon vorher von Alexander dem 3ten ertheilten ältern Verordnung in

C. 10. X. de decimis.

dahin versehen ist, ne occasione priuilegiorum aliis ecclesiis decimas subtrahere possint, folglich schon aus diesem Zusatze ersichtlich wird, daß die Verordnungen, welche das

 an

an den Gütern bereits erhaltene Zehntrecht nur gegen eine zu dessen Nachtheil gemachte Anwendung der Privilegien schützen, nicht solche Güter betreffen können, welche dem Zehnten nie unterworfen gewesen sind, und in Ansehung deren die Ordens-Privilegien dem ältern Rechte eines Dritten nicht entgegen sind, weswegen Fagnanus mit Recht bemerket, quod hic textus, (c. 34. X. de decimis) non pertineat ad praedia post concilium acquisita, de quibus ante acquisitionem nulli ecclesiae decimae soluebantur, — ideoque non reuocat, sed praeseruat priuilegia quoad illa praedia, de quibus decimae ante acquisitionem non soluebantur,

Fagnanus ad c. 34. n. 18. et 27.

in diesem Betrachte auch die Rechtslehrer im allgemeinen behaupten, daß die privilegirten Orden, von solchem eigenthümlichen Lande, auf welchem vor dessen Acquisition kein Zehnte gehaftet, wenn sie solches zur Cultur bringen, keinen Rottzehnten zu erlegen haben,

Engel in coll. iur. can. lib. 3. tit. 30. §. 3. n. 44.

diese Auslegung auch in Frankreich nicht allein durch eine besondere Verordnung vom Jahre 1620 bestätiget, sondern noch weiter ausgedehnt ist, quod ordinibus priuilegiatis competat immunitas a decimis de possessionibus, quae sunt de fundatione, dotatione et de domanio abbatiarum dictorum ordinum tam pro illis, quas colunt propriis manibus, quam illis, quas suis colonis excolendas tradunt;

Espen in iure eccles. P. 2. Sect. 4. tit. 2. c. 7. §. 40.

22 Aus solchem allem V) sich hinlänglich ergibt, daß besagtes Stift so wenig fundatam intentionem den Rottzehnten von den neu ausgebrochenen Länderenen des Loobusches in possessorio als in petitorio zu fordern für sich habe, vielmehr die Landcommenthurey gegen diese Anforderung durch hinlängliche Gründe bedeckt sey, weswegen diese, die Sache möge im Wege des Compromisses oder im ordentlichen Wege des Rechts eingeleitet werden, überall zu einem gedeihlichen Urtheile sich gegründete Hoffnung machen kann, immittelst bey einem einzugehenden Compromisse zugleich die Gründe der Vorsicht, und dabey insonderheit dieses in Betracht kommen muß, daß das in Frage stehende Recht ein auf ewige Zeiten dauerndes und dabey ein solches Recht ausmacht, welches für alle ähnliche Fälle ein praeiudicium wirket, und deshalb den vollkommensten und sichersten Weg zu einer Entscheidung zu erwählen rathsam ist, hiefür aber der Weg einer in den Reichsgerichten abzuwartenden Entscheidung um so mehr zu halten ist, als die Commende auch bey einem widrigen Erkenntnisse durch den Gebrauch der zuständigen Rechtsmittel ihre Rechte besser zu wahren im Stande ist, dieselbe auch aus dem längern Aufenthalte der Entscheidung, in Betracht dessen, daß sie sich in dem Besitze der natürlichen und rechtlichen Freyheit von dem abgeforderten Rottzehnten befindet, keinen Nachtheil zu erwarten hat, nicht zu gedenken, daß da der in Frage stehende Gegenstand die allgemeinen Vorrechte des hohen teutschen Ordens betrifft, der Weg eines Compromisses mit Bestande Rechtes wohl nicht anders, als unter Genehmigung des capituli generalis des hohen Ordens einzugehen seyn dürfte;

Als

Als sind wir solchem allem nach der rechtlichen Meinung: 23

daß 1) das Stift St. Martinsfüren aus dem Rechte zu dem grossen Zehnten in der Gemarkung der Herrlichkeit St. Petersfüren das Recht, den Rottzehnten von den, aus dem herrschaftlichen Loobusche ausgebrochenen Ländereyen zu fordern, weder in possessorio noch auch in petitorio mit Bestande begründen könne, hingegen der Landcommende hinlängliche Gründe zur Behauptung der Freyheit von dem Rottzehnten aus den neu ausgebrochenen herrschaftlichen Ländereyen zu statten kommen; und daher die Landcommende, es sey im Wege eines Compromisses oder im Wege einer gerichtlichen Entscheidung der rechtlichen Hoffnung zu einem gedeihlichen Urtheile sich versehen könne,

Jedennoch 2) dabey, den Weg einer gerichtlichen Entscheidung zu erwählen, für das rathsamste zu achten sey. 1786.

Num. 169.

Num. 169.

Rechtsgutachten

über die Frage, ob die auf dem Congreß zu Ems d. 25 August 1786 abgefaßte Punctation den Grundsätzen des catholischen Kirchen-Staatsrechts in Teutschland gemäß sey? *)

§. 1.

Veranlassung der Emser Punctation.

Nachdem des jeßt regierenden Kaisers Majestät in einem an die vier Erzbischöfe des teutschen Reichs zu Mainz, Trier, Cölln und Salzburg gerichteten Schreiben vom 12 Oct 1785 Ihre oberschußherrlichen Gesinnungen zu Gunsten des gesammten Episcopats der teutschen catholischen Kirche dahin zu erkennen gegeben: daß Sie gesonnen seyen, die bischöflichen Rechte in den Kirchen Sprengeln, als einen wesentlichen Theil der guten Disciplinar-Verfassung, nicht allein vorzüglich aufrecht zu erhalten, sondern auch beyzutragen, daß die Bischöfe in alle diejenigen Rechte, welche sie etwa durch unerlaubte und ihrer Bestimmung zuwidergehende Vorfälle verloren haben möchten, nach der ursprünglich eingeführten, und Jahrhunderte hindurch beobachteten Ordnung wieder eingeseßet würden: haben gemeldete vier Herren Erzbischöfe sich dadurch veranlaßt gesehen, nach der Aufmerksamkeit, welche sie sowohl für ihre besondern, als für die gemeinschaftlichen bischöflichen Gerechtsame tragen, die Einleitung dazu zu machen, und durch ihre Deputirten auf dem Congreß zu Ems jene hauptsächlichen bischöflichen Rechte, in deren eigenmächtiger Ausübung sie und alle andere Bischöfe des teutschen Reichs schon seit Jahrhunderten gehindert worden, nach vorgängiger reifer Berathschlagung auf gewisse Puncte bringen lassen, deren Inbegriff in der unter Vollmacht, und Genehmigung der vier gemeldeten höchsten Kirchen-Prälaten den 25. Aug. 1786 ausgefertigten Punctation enthalten ist.

§. 2.

Deren Haupt-Inhalt.

Diese Puncte betreffen die nach den Grundsätzen der catholischen Kirche ursprünglich zur bischöflichen Gewalt gehörigen, und nur durch mancherley Arten der Eingriffe in verschiedenen Zeitläuften geschmälerten Gerechtsame, und daher die eigene und vollständige Ausübung der geistlichen Gerichtbarkeit, und der Dioecesan-Rechte über sämmtli-

*) Zuerst abgedruckt in G. W. Böhmers Magazin für das Kirchenrecht (Göttingen 1788. 8.) B. 2. St. 1. S. 86. f.

sämmtliche in den Kirchen-Sprengeln wohnende Glieder der catholischen Kirche in allen das innere und äußere Religions-Wesen betreffenden Sachen, und deren Aufrechthaltung sowohl gegen die mit Uebergehung der ordentlichen geistlichen Obrigkeit an die römische Curie genommenen Recurse, als auch gegen die Exemtionen, welche nicht durch kaiserliche Freyheits-Briefe bestätiget, und in dem teutschen Reiche allgemein anerkannt sind, besonders gegen die Exemtionen aller und jeder Mönchs-Orden, welche eben sowohl als deren Verbindung mit ihren außerhalb Teutschland wohnenden Ordens-Obern für unstatthaft anzusehen; ferner die auf eigener bischöflicher Gewalt beruhenden Dispensationsrechte in den besonders bemerkten Fällen, ohne hierzu die sogenannten facultates quinquennales fernerhin von dem römischen Hofe zu begehren; die Sicherstellung der bischöflichen Gerechtsame gegen alle Arten der Verordnungen des römischen Hofes oder der römischen Congregationen, ohne deren gehörig vorhergegangene Annahme durch die Bischöfe; die völlige Aufhebung der Nuntiaturen in allen actibus voluntariae et contentiosae iurisdictionis; die nach eigenen bischöflichen Rechten zu verfügende Ansetzung der Notarien, oder wenigstens die Nothwendigkeit einer auf vorhergegangene Prüfung vorzunehmenden Immatriculation der apostolischen Proto- und Notarien; die einstweilige Abhülfe der seit Jahrhunderten gegen den Hof zu Rom ans Reich gebrachten Beschwerden, mittelst Beobachtung der Fürsten-Concordate und der zu Mainz 1439 feierlich angenommenen Decrete der Baseler Kirchen-Versammlung, von welchen Decreten die Concordate zu Aschaffenburg nur eine Ausnahme enthalten; die Wiederherstellung der eignen bischöflichen und anderer Vergebungsrechte in Ansehung geistlicher Würden und Beneficien, gegen die eingetretenen Neuerungen, Reservationen, und nachtheiligen resignationes in fauorem; die zu bewirkende längst versicherte Mäßigung der Pallien- und Annaten-Gelder, wie auch den der teutschen Kirchenverfassung gemäß einzurichtenden Eid der Bischöfe; nicht minder die genauere Anordnung der Justizpflege in bischöflichen und Metropolitan-Gerichten, und die mittelst Berufung nach Rom zu treffende ordnungsmäßige Einrichtung der dritten Instanz von Nationalien im teutschen Reich oder vor ein niederzusetzendes Provincial-Synodal-Gericht, — alles Gegenstände über welche die vorgedachte Punctation diejenigen Bestimmungen enthält, welche in dem durch den Druck bekannt gemachten Resultat des Emser Congresses (Frankfurt und Leipzig 1787. 8.) aufgestellt worden sind.

Diesen Inbegriff der bischöflichen Rechte haben die vier Reichs-Erzbischöfe und respective Churfürsten und Fürsten Sr. Kaiserlichen Majestät zu Erlangung des reichsoberhauptlichen Schutzes und zur allerhöchsten Verwendung am römischen Hofe mittelst eines gemeinschaftlichen Schreibens vom 3 Sept. 1786 vorgelegt. Kaiser Joseph II hat ihnen darauf in dem Antwortschreiben vom 16 Nov. 1786 die Zusicherung des allerhöchsten Schutzes und Beystandes zu erkennen gegeben, jedoch annoch erwartet, daß die Aeußerung der Exemten und Suffragan-Bischöfe des teutschen Reichs und jener Reichsstände, in deren Lande sich die bischöflichen Sprengel erstrecken, durch Vermittelung jener vier Metropolitane und Primaten zu vernehmen sey.

Hiebey entsteht nun die

Frage:

Ob das Resultat des Emser Congresses den Grundsätzen des catholischen Kirchen-Staatsrechts in Teutschland gemäß sey?

§. 3.

Grundsätze des geistlichen Staatsrechts überhaupt.

Die Grundsätze, welche die Rechte der Kirchengewalt des päbstlichen Stuhls und des gesammten Episcopats im catholischen Teutschland betreffen, beruhen sowohl auf Gründen des allgemeinen catholischen geistlichen Staatsrechts, so fern sie in der ganzen catholischen Kirche anerkannt sind, als auch auf den besondern Gründen, welche durch Grundgesetze und Verträge des teutschen Reichs bestimmt worden. Nur diese beyden Arten von Gründen können in Beurtheilung der päbstlichen und bischöflichen Gerechtsame die Richtschnur im teutschen Reich abgeben, so wie sie auch in andern catholischen Staaten bey eben diesen Rechten es sind.

§. 4.

Allgemeine Grundsätze der päbstlichen Rechte.

Nach den allgemeinen Gründen des catholischen geistlichen Staatsrechts beruhen die päbstlichen Rechte in der zur Erhaltung der Einigkeit zu führenden Oberaufsicht über die catholische Kirche, und in der derselben angemessenen Unterordnung: diese päbstlichen Rechte sind gleich im Eingange der Emser Punctation anerkannt, und durch den Ausdruck: mit der dazu erforderlichen Jurisdiction in der That noch weiter zugestanden, als nach dem Urbilde der Kirche in den ersten Jahrhunderten von den Bischöfen zu Rom gesucht, oder ihnen eingeräumt worden. Wird nun das Verhältniß, worin der erste Apostel unter den übrigen gleich berechtigten Aposteln gestanden, in der catholischen Kirche zur Grundlage desjenigen angenommen, was zwischen dem Oberhirten zu Rom und den übrigen Bischöfen eintritt, und dabey die allen und jeden Aposteln gegebene gleiche Macht zu binden und zu lösen als Grund der päbstlichen und bischöflichen Kirchengewalt anerkannt: so läßt sich nach Grundsätzen, welche auf gleichen Rechten beruhen, jenes Verhältniß eben so wenig weiter, als auf die kirchliche Oberaufsicht stellen, als wenig in der Geschichte der ersten Kirche auch nur eine Spur anzutreffen ist, daß ein Bischof zu Rom sich über auswärtige Bischöfe irgend ein Recht, wodurch deren eigene bischöfliche Rechte in ihren Kirchen-Sprengeln eingeschränkt worden, zugeeignet habe.

§. 5.

Einseitig zu Rom angenommene, und in der catholischen Kirche nicht anerkannte Sätze.

Zu dem allgemeinen geistlichen Staatsrechte der catholischen Kirche können hingegen diejenigen Grundsätze nicht gerechnet werden, welche der römische Hof in spätern Zeiten und besonders gegen das 10te Jahrhundert einseitig anzunehmen angefangen, deren

deren Hauptzweck kein andrer war, als die Christen zu überreden, daß die volle Kirchengewalt, oder die sogenannte Macht-Vollkommenheit, auf dem Pabst beruhe, einem jeden Bischof für seinen Kirchensprengel nur ein bestimmter Theil derselben nach päbstlichem Ermessen anvertrauet, und daher die bischöfliche Gewalt keine ursprünglich eigene, sondern eine vom Pabst abstammende mittelbare Gewalt sey. Dieser an Folgen reichhaltige Satz, aus welchem die Ansprüche des römischen Hofes auf eine mit jedem Bischofe in dessen Sprengel zugleich eintreten sollende geistliche Gerichtbarkeit, auf eine gleichmäßige Vergebung der geistlichen Würden und Pfründen, auf die nach Rom zu leistenden Abgaben, auf die Befreyung einzelner Personen und ganzer Gattungen von Gliedern eines Kirchensprengels von der bischöflichen Gerichtbarkeit, und auf andere Arten der Begnadigungsrechte zum Nachtheil aller übrigen Bischöfe hergeleitet wurden, ist auf die falschen Isidorischen Decretalen

c. 12. C. 2. qu. 6.

gegründet, durch einseitige Verordnungen des römischen Hofes aufgestellt, in

c. 4. X. de vsu et auctoritate pallii.

in Anwendung gebracht, mit Macht und Strenge in dem dunkeln mittlern Zeitalter behauptet, und um desto ungehinderter durchgesetzt worden, als die damaligen Bischöfe von den weltlichen Regenten, welche selbst die Obermacht des römischen Hofes empfanden, den landesherrlichen Schutz weder suchen, noch zu erhalten sich Hoffnung machen durften. Bey allem dem Nachdruck, mit welchem sie ausgeübt wurden, sind sie doch von der Kirche niemals anerkannt, vielmehr ein Gegenstand öffentlicher Klagen und Beschwerden ganzer Nationen geworden. So wie aber nach und nach die Bischöfe eines Reichs den landesherrlichen Schutz erhielten, haben sie gegen solche Eingriffe die Freyheit der Kirche, welche in der ausschließlichen Ausübung der bischöflichen eigenen Gerechtsame gegen den römischen Hof gesetzt wurde, zu behaupten gewußt. Die französische Kirche ist hierin schon seit dem Ausgange des 13ten Jahrhunderts allen übrigen zuvorgekommen. Dies bezeugen die acta publica, welche unter der Regierung Königs Philipp des Schönen mit dem römischen Hofe sehr nachdrücklich vom Jahr 1296 bis 1311 verhandelt, und in dem zu Paris 1655 auf öffentliche Verfügung gedruckten Werk:

L'Histoire du differend d'entre le Pape Boniface VIII et Philippe le bel Roi de France

bekannt gemacht wurden, auch in der Folge die Grundlagen der am 19 März 1682 von der gesammten französischen Geistlichkeit gemachten vier Grundgesetze der Kirchengewalt geworden sind.

Iac. Benign. Bossuet in defensione declarationis celeberrimae quam de potestate ecclesiastica sanxit clerus gallicanus.

In Teutschland so wie in andern Theilen der abendländischen Kirche sind die Eingriffe des römischen Hofes in die bischöflichen Rechte im 15 Jahrhundert an die allgemeinen

meinen Kirchenversammlungen zu Costnitz und Basel gebracht worden, auf welchen das höhere Recht allgemeiner Concilien über den päbstlichen Stuhl anerkannt ist, und jene Eingriffe für unbefugt erklärt sind. Da auch nachher auf der Kirchenversammlung zu Trient die Frage von der unmittelbaren oder mittelbaren Kirchengewalt der Bischöfe aufs neue zur Sprache kam, so wußten die Bischöfe ihre ursprünglichen Rechte mit solchem Nachdruck zu behaupten, daß der römische Hof nicht für rathsam hielt, es darüber zu einer neuen Entscheidung, die schon in den vorigen Kirchenversammlungen zu Costnitz und Basel gegen denselben ergangen war, kommen zu lassen, weshalb sie auch Benedict XIV

in tract. de synodo dioecesana Lib. 1. c. 4.

für eine "quaestionem inter patres Tridentinos summa contentione iam diu agitatam nec definitam" erklärt. Alle vorerwähnte Sätze des römischen Hofes können daher zum Nachtheil der den Bischöfen eigenthümlich zustehenden Rechte nicht mit Grunde angeführt werden.

§. 6.

Grundsätze der eignen bischöflichen Rechte.

Die bischöflichen Rechte stehen gegen die päbstlichen bloß in demjenigen Verhältniß, welches die Unterordnung im Kirchen-Staat wirket; und diese betrifft nicht das bischöfliche Recht selbst, welches jedem Bischofe in seinem Kirchsprengel eigen ist, sondern nur allein dessen rechtliche Ausübung. Das sogenannte bischöfliche Recht umfaßt den Inbegriff aller kirchlichen Regierungsrechte innerhalb desjenigen Kirchsprengels, auf welchem die volle Kirchengewalt ruht. Da der römische Hof den Lehrsatz der catholischen Kirche nicht verkennen darf, daß die Bischöfe für Nachfolger der Apostel zu achten sind, so kann derselbe auch das eigene und volle Recht der Kirchengewalt eines Bischofs in seinem Kirchsprengel, und ein völlig gleiches Recht mit demjenigen, welches dem römischen Bischofe in dem seinigen zustehet, nicht bezweifeln. Schon in der ältesten Sammlung kirchlicher Rechte, welche der *codex canonum ecclesiae vniversae* enthält, wird jedem Bischofe das volle und gleiche Recht in seinem Sprengel zugeeignet, und die Vereinigung der Bischöfe mit dem Erzbischof der Provinz betraf gemeinschaftliche Kirchenangelegenheiten der Provinz. Aus der ins vierte Jahrhundert fallenden Antiochenischen Synode, ist es für ein allgemeines Kirchengesetz in codice canonum

in *Voelli* et *Iustelli* bibliotheca iuris canonici tom. 1. p. 45.

angenommen:

> "vnumquemque episcopum habere suae parochiae potestatem, eamque administrare pro suo quisque studio ac religione, et curam gerere totius regionis, quae „suae vrbi subest, vt ordinet presbyteros et diaconos et cum iudicio singula „disponat; et nihil vltra facere aggrediatur sine metropolitano episcopo, ne- „que ipse sine reliquorum consensu."

Auch

Auch die gemeinen Kirchenrechte haben als eine Regel anerkannt,

"quod episcopus in tota sua dioecesi iurisdictionem ordinariam noscatur habere."

C. 7. de officio ordinarii in 6.

In der eignen Ausübung der vollen Rechte der Kirchengewalt sind die Bischöfe ungehindert bis zu dem Zeitalter geblieben, wo die falschen Isidorischen Decretalen dem römischen Hofe den Eingang zum Eingriff in die bischöflichen Rechte eröffneten. So urtheilet der gelehrte van Espen

in iure eccles. P. 1. tit. 16. c. 3. tom. 1. oper. edit. Louan. p. 126.

"Quod dubium non sit, quin, praeueniendo ius positiuum, singuli episcopi habeant „plenam auctoritatem statuendi et agendi quae ad populi sibi commissi salutem et rectam „ministrorum instructionem iudicauerint necessaria, quodque habeant suae potestatis „liberum arbitrium neque ab altero iudicari queant, nisi a definitis et decretis ab eccle„sia recedere reperiantur. Quin et haec plena auctoritas penes episcopos septem et mi„nus seculis manifesta videtur: at subsequentibus seculis, praesertim post inuectas et „receptas falsas decretales multa seorsim pontifici romano reseruari coeperunt."

§. 7.

Gründe derselben aus der Kirchenverfassung eines jeden Staats.

Die bischöflichen Rechte sind bey jeder Nation noch besonders durch die öffentliche kirchliche Verfassung versichert worden. Die Errichtung der Bisthümer und Erzbisthümer war eine Staatsangelegenheit, so wie die Bestimmung der dazu gehörigen Kirchensprengel. Die Bischöfe erlangten durch die von den Regenten geschehene Benennung und Bestellung das öffentliche Recht und Ansehen zur Ausübung aller bischöflichen Rechte und anderer verliehenen Gerechtsame innerhalb der Grenzen der ihnen angewiesenen Kirchensprengel. Was die gemeinschaftlichen Kirchenangelegenheiten betraf, ward von Bischöfen und Erzbischöfen auf den National-Kirchenversammlungen, welche die Kirche der Nation vorstellten, unter Genehmigung der Regenten bestimmt. Bey aller Achtung die der Oberhirte zu Rom auch immer von auswärtigen Bischöfen genießen mochte, war doch daselbst in den ersten zehn Jahrhunderten die Anlage noch nicht gemacht, den bischöflichen Rechten der öffentlichen Kirchenverfassung zuwider Schranken zu setzen, und in fremden Kirchensprengeln sich Rechte zuzueignen.

§. 8.

Aus der fränkisch-teutschen Kirchenverfassung.

Die fränkischteutsche Kirche hat unter den Königen der Franken auf ihrer eigenen Verfassung gestanden, Erzbisthümer und Bisthümer sind von den Königen der Franken und von den Kaisern diesseits und jenseits des Rheins und der Donau in reicher Anzahl gestiftet, und von ihnen besetzt, und die Einrichtung des Religionswesens ist auf den unter ihnen gehaltenen Kirchenversammlungen getroffen worden. In der von Carlmann i. J. 742 zusammen berufenen Versammlung heißt es

Steph. Baluzii capitularia regum Francorum ed. *Petri de Chiniac* Paris. 1780. T. I. p. 145.

u. a. so: per consilium sacerdotum et optimatum meorum ordinauimus per ciuitates episcopos, et constituimus super eos Bonifacium, qui est missus S. Petri. Bonifacius hatte als ein zu Rom geweihter Bischof, als episcopus regionarius, sich schon 25 Jahre zur Ausbreitung der christlichen Religion in dem fränkisch-teutschen Reich aufgehalten, da ihm erst von Pipin und Carlmann unter Beystimmung der fränkischen Stände anfangs Cölln und nachher Mainz zum beständigen Erzbisthum angewiesen wurde.

meine Abhandlung de originibus iurium praecipuorum Archiepiscopatus coloniensis §. 3. 4. in Electis iur. civil. tom. II. p. 439.

Die Bischöfe übten in ihren Diöcesen die bischöflichen Rechte so wie sie aus dem codice canonum ecclesiae vniuersae auf der von Pipin i. J. 754 zu Vernis berufenen Versammlung wörtlich wiederholt und festgestellt worden: vt vnusquisque episcoporum potestatem habeat in sua parochia tam de clero quam de regularibus ad corrigendum et emendandum secundum ordinem canonicum spiritualem. Die teutsche Kirche stand unter dem Schutz und den Hoheitsrechten der Kaiser und Könige und Carl der Große hat ihr vorzüglich ihre eigene Verfassung gegeben. Eben dieser große Kaiser führte zugleich die Oberherrschaft über Rom, setzte daselbst die Oberhirten, nachdem sie zuvor vom Volke waren gewählt worden, ein, und bestätigte sie.

§. 9.

Verhältniß der bischöflichen Rechte gegen die päbstlichen.

Das Verhältniß der teutschen Erzbischöfe und Bischöfe gegen den römischen Bischof bestand in derselben Achtung, welche ihm von andern Bischöfen erwiesen wurde. Bey dem besondern Antheil, den der Bischof zu Rom durch den abgesendeten Bonifacius an der Ausbreitung der christlichen Religion in Teutschland genommen, ertheilte er auf dessen Anfrage kirchliche Rathschläge: und Bonifacius erhielt vom Pabst Zacharias die Bestätigung zu dem von den Königen der Franken errichteten und ihm aufgetragenen Erzbisthum Mainz, welches nichts mehr wirkte, als was er bereits von seinem Regenten erlangt hatte, und ein Zeugniß der Vereinigung mit der ersten Kirche abgeben sollte. Auch nahm er von besagtem Pabst als Ehrenzeichen das Pallium an, und suchte es andern fränkischen Erzbischöfen zu wege zu bringen, ungeachtet sie es nicht ohne Bedenken annahmen. Dieses Pallium wurde damals ohne Feierlichkeit, und ohne einen Eid deshalb abzufordern, als ein geistliches Ehrenzeichen ertheilt. Ein solches reichte auch Leo III., und zwar auf Befehl Carls des Großen, dem Bischof Anneni zu Salzburg, da Kaiser Carl i. J. 798 den letztern zum Erzbischof über die baierischen Bischöfe erhoben hatte.

Nachrichten von Juvavia im Urkunden-Buch N. II. p. 52.

Diese Handlungen sollten, wie gesagt, die Vereinigung der teutschen Kirche mit dem ersten Bischof zu Rom bezeichnen; übrigens war es damals noch eine unbekannte Sa-

Sache, daß die Päbste einige Rechte von der bischöflichen Gewalt trennen, und sich einen Antheil an der bischöflichen Regierung in auswärtigen Staaten zueignen wollten. Die Bischöfe übten die ihnen verliehenen bischöflichen Rechte unter Auctorität der fränkischen Könige mit großem Ansehen aus, und wurden unter die ersten Stände des fränkischen Reichs gerechnet

Mich. Ignat. Schmidts Geschichte der Teutschen 2 Buch 12 Cap. 3 Buch 13 Cap.

§. 10.

Erfolgte Beschränkung der bischöflichen Rechte.

Nach dieser Verfassung der teutschen Kirche hat es unter den fränkischen Kaisern und Königen keiner besondern Verträge bedurft, um dies Verhältniß der päbstlichen, erzbischöflichen und bischöflichen Rechte zu bestimmen, weil die Unterordnung in dem Kirchenstaate in den Grenzen der Oberaufsicht bestand, durch diese aber, wie es deren Art und Eigenschaft an und für sich mit sich bringt, die freye und ungekränkte Ausübung der erzbischöflichen und bischöflichen Rechte auch nicht das mindeste litt; ohnedies aber der römische Bischof selbst noch damals als ein Unterthan des Kaisers keiner Eingriffe sich zu unterwinden vermochte.

Indessen zeuget die Geschichte des 11ten bis zum 15ten Jahrhundert, wie der römische Hof unter dem Schein eines auf unrichtige Isidorische Decretalen gegründeten Rechts, nachdem er die kaiserlichen Gerechtsame in Kirchensachen gebrochen hatte, auch die erzbischöflichen und bischöflichen Rechte geschmälert, die unter denselben begriffenen einzelnen Rechte zu trennen, und unter dem Vorwand erheblicher Kirchenangelegenheiten sich vorzubehalten, auch überall in den bischöflichen Sprengeln eine gleiche Gerichtbarkeit mit den Bischöfen zu behaupten, einen Theil der Diöcesanen zu eximiren, und Erz- und Hochstifter mit Gelderhebungen zu belegen gesucht, worüber Jahrhunderte lang öffentliche Beschwerden geführt worden sind. Auch die zu deren Remedur auf den Costnitzer und Baseler Kirchenversammlungen getroffenen Verordnungen, sind von Seiten des römischen Hofes vereitelt worden. So entstanden nunmehr Concordate, wodurch die päbstlichen Rechte bis zum Spruch einer neuen Kirchenversammlung einstweilen begrenzt werden sollten.

§. 11.

Bestimmung der päbstlichen Rechte durch die Concordate.

Den Hauptvertrag der teutschen Nation mit dem päbstlichen Stuhl machen die sogenannten Fürsten-Concordate aus, welche durch die vom römischen König Albrecht II auf der Reichsversammlung zu Mainz d. 26. März 1439 ertheilte Acceptationsurkunde der Baselschen Concilienschlüsse und von Seiten des Pabstes Eugen IV. durch die in den Bullen vom 5ten und 7ten Febr. 1447 darin gegebene Einwilligung geschlossen und von dem Nachfolger Eugens, Nicolaus V. i. J. 1448 nochmals bestätiget worden sind.

Con-

Concordata nationis germanicae integra. tom. 1. N. VI. p. 133. *Raynaldus* in Annalib. ad a. 1448. N. 3.

Die darauf im Jahr 1448, zwischen Nicolaus V. und Friedrich V. zu Aschaffenburg geschlossenen Concordate, betreffen die Einschränkung der ersteren, und enthalten mithin Modificationen der angenommenen Baseler Schlüsse. Sie sind durch den von Eugen IV. bey dem bewilligten Hauptvertrage gemachten Vorbehalt, daß über die Beybehaltung und Modification der Baseler Schlüsse durch seinen Legaten das weitere verhandelt werden solle, veranlaßt, und dahin ist die Clausel jenes Hauptvertrages gerichtet: "donec per legatum huiusmodi vt praedictum est, concordatum fuerit, vel per concilium aliter fuerit ordinatum". In den Aschaffenburger Concordaten ist, so weit durch diese dem Hauptvertrage nicht derogiret worden, solcher nochmals anerkannt, und in allen übrigen Puncten ausdrücklich für unverändert erklärt:

> in aliis autem, quae per felicis recordationis Dn. Eugenium Papam IV. pro natione praefata vsque ad tempus futuri generalis permissa, indulta atque decreta et per memoratum SS. Dn. nostrum papam confirmata fuerunt, in quantum illa concordiae praesenti non obuiant, ista vice nihil exstitit immutatum.

Beyde, sowohl der Haupt- als der Nebenvertrag, sind bis zu einer dereinst auf einem allgemeinen Concilium zu treffenden anderweiten Vereinigung geschlossen, und in dieser Rücksicht ist in dem letztern der Ausdruck hinzugefügt: ista vice nihil exstitit immutatum. Da sie in den Reichsgesetzen, und kaiserlichen Capitulationen, ohne eine von Zeit und Ort hergenommene Bestimmung concordata principum genannt werden: so kann kein rechtlicher Zweifel erwachsen, daß darunter eben sowohl der Hauptvertrag als der sich auf diesen beziehende Aschaffenburger Nebenvertrag begriffen sey.

§. 12.

Das Emser Resultat beruhet auf den angeführten Gründen.

Nur die angeführten Gründe des catholischen Kirchen-Staatsrechts in Teutschland sind es, nach welchen das Resultat des Emser Congresses beurtheilt werden muß. Die Hauptabsicht desselben ist, den teutschen Bischöfen die ursprünglichen vollen, d. i. weder in Ansehung der Personen noch in Rücksicht der Sachen, welche hierbey in Betrachtung kommen, eingeschränkten Rechte der Kirchengewalt in ihren Kirchensprengeln, sofern anders diese Rechte nicht durch öffentliche Verträge eingeschränkt sind, wiederherzustellen.

Diese Rechte sind nach teutscher Verfassung den von Kaisern und dem Reiche gestifteten Bisthümern und Erzbisthümern eigen. Auf dem gesammten Episcopat in Teutschland ruhet die volle und eigene Kirchengewalt der teutschen catholischen Kirche: und jedem einzelnen Bischofe ist diese in seinem Bisthume innerhalb des durch Stiftung und Observanz bestimmten Kirchsprengels eigen. — Nach solcher Verfassung der teutschen Kirche sind die bischöflichen Rechte als ursprüngliche, eigene und volle Rechte der Kirchengewalt zu betrachten, welche in einzelnen Puncten durch die Concordate eingeschränkt sind.

Wie

Wie ehedem die von Kaisern und Königen geschehene Ernennung und Einsetzung der Erzbischöfe und Bischöfe den Erwerbungsgrund der erzbischöflichen und bischöflichen Gerechtsame enthielt: so hat auch noch jetzt die unter kaiserlichem Ansehen zu treffende Bischofs-Wahl nach dem bekannten pacto Calixtino vom Jahr 1122 gleiche rechtliche Kraft und Wirkung. Die päbstliche Bestätigung eines Erwählten hat nicht mehr Kraft als diejenige, welche vordem durch ein Provincial-Concilium geschah; sie enthält die Anerkennung der dem Erwählten nach der teutschen Kirchenverfassung gebührenden vollen und eigenen Kirchengewalt. Daher bedarf ein canonisch Erwählter zur Verwaltung des Kirchen-Regiments vor der Bestätigung keines indulti administrationis in spiritualibus, dessen er schon nach gemeinen Rechten

in c. 44. X. de elect.

nicht benöthigt ist: noch weniger kann dergleichen Indult auf die Weltlichkeit oder temporalia ohne Nachtheil der kaiserlichen Rechte und der Verfassung teutscher Stifter gerichtet werden.

§. 13.

Insonderheit auf dem wahren Verhältniß der bischöflichen Rechte gegen die päbstliche.

Durch die Natur dieser in der ursprünglichen Verfassung der teutschen Kirche gegründeten Gerechtsame, worauf sich das Resultat des Emser Congresses bezieht, werden die Grenzen der päbstlichen Oberaufsicht, und die jedem Bischof innerhalb seines Kirchsprengels zustehenden vollen und eigenen Episcopal-Rechte bestimmt: und die Concordate schränken diese so lange ein, bis darüber auf einer künftigen Kirchenversammlung etwas anders festgesetzt wird.

Soweit auch die päbstliche Oberaufsicht und die kirchliche Unterordnung ausgedehnt werden mag: so kann sie doch für sich und ohne besondre Verträge keine Befugniß enthalten, von den nur in Rücksicht auf rechtsbeständige Ausübung untergeordneten Rechten einige an sich zu ziehn; sie kann vielmehr nach der Natur dieser Gerechtsame nicht anders als: ohne Nachtheil der bischöflichen eigenen Rechte, verstanden werden.

Gerade darin besteht die Freyheit der teutschen catholischen Kirche, daß der teutsche Episcopat dem römischen Stuhl nur in so fern untergeordnet ist, als dadurch die vollen und eigenen Rechte eines jeden Bischofs, so weit sie durch öffentliche Verträge nicht eingeschränkt worden, keinen Nachtheil und keine Kränkung erleiden. Dieses ist dem Geist der alten unverfälschten Kirchengesetze vollkommen angemessen; nach welchen einem jeden einzelnen Bischof der ungekränkte Genuß seiner bischöflichen Gerechtsame zusteht. In diesem Betracht nennt

Petrus de Marca de concordia sacerdotii et imp. Lib. 3. C. 1. §. 7.

die Freyheit der Kirche vsum iuris antiqui in statu ecclesiae: auch wird sie in Rücksicht auf die dadurch entstehende Sicherheit gegen Eingriffe der römischen Curie, von dem königl. preuß. geheimen Rath Christian Wilhelm von Steck

in vindiciis libertatis ecclesiae germanicae circa moliendas in hierarchia nouationes §. 2.

genannt: libertas, qua ecclesia germanica, sacris catholicis addicta intuitu romanae curiae antiquitus gaudet.

§. 14.

Dieses Verhältniß des bischöflichen Rechts wird durch das bischöfliche Hoheitsrecht in eigenen geistlichen Reichslanden unterstützet.

Bey diesem reichsgesetzlichen Verhältniß des teutschen Episcopats gegen den Primat kann vom römischen Hofe von dem Verhältniß, worin suburbicarische Bischöfe gegen denselben gestanden haben mögen, keine Anwendung auf auswärtige Bischöfe des von Rom gänzlich unabhängigen teutschen Reichs gemacht werden. Diese in Mißbrauch gezogene Vermischung ist in den dunkeln Zeiten die Quelle unleidlicher Eingriffe und Beschwerden geworden, deren Abhelfung selbst durch die Concordate zu theuer erkauft werden mußte. Vor allen andern Bischöfen auswärtiger Nationen genießen noch die Erzbischöfe und Bischöfe des teutschen Reichs das große Vorrecht, daß sie zugleich zum Theil Churfürsten und Fürsten sind, und ihnen unter dieser hohen Eigenschaft in Ansehung ihrer Reichsländer die Hoheitsrechte zustehen, auch ihnen eben sowohl wie andern Reichsständen das liberum iuris territorialis exercitium in ecclesiasticis, oder dasjenige Recht, quod ratione territorii et superioritatis in negotio religionis competit, im westphälischen Frieden

Art. VIII. §. 1. et Art. V. §. 30.

zugesichert ist. Sie sind daher kraft des landeshoheitlichen Schutzes, unter welchem alle Kirchenrechte stehen, zur Aufrechthaltung der bischöflichen Gerechtsame in den in den Concordaten nicht bestimmten Fällen, und zu allen Verfügungen und Vorkehrungen in ihren geistlichen Staaten berechtigt, welche sie den letztern zuträglich finden und von denen sie sich Aufrechthaltung der Kirchen-Disciplin gegen reichsverfassungswidrige Mißbräuche versprechen.

§. 15.

Beschaffenheit des mit der Reichsverfassung streitenden bischöflichen Eides.

Nach der Verfassung der teutschen Kirche, bleibt der Eid, welchen Reichs-Erzbischöfe und Reichs Bischöfe dem päbstlichen Stuhl abzulegen haben, bedenklich und anstößig, und er überschreitet die Grenzen des Verhältnisses, worin der Episcopat gegen den Primat stehet. Nur erst in demjenigen Jahrhundert, in welchem Gregor VII. die alleinige Herrschaft über die Kirche zu behaupten suchte, hat dieser Pabst, indem er den Kirchengesetzen zuwider die Bestätigung der Bischöfe unmittelbar dem römischen Hofe zueignete, diese dabey mit dem Eide belegt, durch welchen die von ihm angesetzten suburbicarischen Bischöfe in Eides- und Dienstpflichten gesetzt wurden. Dieser Eid enthält einen förmlichen Lehneid eines Vasallen gegen den Lehnherrn in Rücksicht auf persönliche Pflichten sowohl, als auch auf die Temporalien und weltlichen

chen Güter der teutschen Kirche, deren Veräusserung dadurch von der Bewilligung des römischen Hofes abhängig gemacht wird, ob sie gleich demselben überall nicht unterworfen sind. Auch enthält gedachter Eid mehrere theils unanwendbare, theils reichsverfassungswidrige Zusätze, wodurch er zu einem jener nachtheiligen Mittel ausgeartet ist, durch welche man in der Folge der Zeit alle vom römischen Hofe nach Willkühr unternommenen Anmaßungen und Eingriffe unter dem Namen des zu vertheidigenden Pabstthums und dessen Regalien geltend zu machen, und jeden Widerspruch durch die Verweisung auf einen dem römischen Hofe angelobten Gehorsam wirklich abzulehnen gesucht hat. Eine gründliche und aufrichtige Erörterung der sieben Artikel dieses Eides hat

van *Espen* in iur. eccles. lib. 1. c. 21.

geliefert und in

Christ. Gottl. Buderi tr. de iuramentis principum ecclesiasticorum S. R. I. §. 23-33.

ist aus der Reichsverfassung bewiesen, daß der Bischofs-Eid mit dem Ansehen und den Rechten des Kaisers und des teutschen Reichs und zugleich mit der Freyheit und Verfassung der teutschen Kirche streitet. Sind dieses Gründe zur gänzlichen Abstellung eines nachtheiligen Eides, welcher in dem Zeitalter des äußersten Verfalls der Kirche einseitig eingeführt, und durch kein Reichsgesetz zugestanden worden: so rechtfertigen sie desto mehr den gerechten Antrag der geistlichen Chur- und Reichsfürsten, daß eine neue dem päbstlichen Primat sowohl als den bischöflichen Rechten angemessene und mit der Verfassung des teutschen Reichs bestehende Eides-Formel eingeführt werde. Es urtheilt darüber van Espen l. cit. sehr gründlich. Quandoquidem plures ex articulis huius iuramenti sunt plane conformes iis, quos continet iuramentum a vasallo praestandum suo domino directo, non satis conueniens apparet, vt similes articuli proponantur episcopis, qui romano pontifici in temporalibus nec immediate nec mediate sunt subiecti, neque pontifici tamquam eius vasalli ratione temporalium sunt obstricti. Da er ferner von mehrern Verbesserungen der übrigen Artikel dieses Eides handelt, fügt er hinzu: Quin et satius esset vt iuxta sanctos canones et laudatissimam patrum disciplinam ab omni exactione iuramenti abstineretur, et sola fidei professio et obedientia canonica exigeretur, quae sola per decem et amplius secula in vsu fuisse legitur.

§. 16.

Zweifelsgründe aus dem behaupteten Besitz des römischen Hofes in Ansehung der angemaßten Rechte.

Was bey diesem allem für die Rechte des römischen Hofes sowohl überhaupt als auch wider die mit der teutschen Nation aufgerichteten Concordate insbesondere angeführt werden dürfte, ist der Besitz, den derselbe Jahrhunderte hindurch behauptet hat, die bischöflichen Gerechtsame der teutschen Kirche zu beschränken, und Rechte auf deren Wiederherstellung die Emser Punctation gerichtet ist, durch die zu Rom errichteten Dicasterien oder durch Nuncien ausüben zu lassen. Dabey hat der römische Hof in den vorigen Zeiten den Vortheil gewonnen, daß teutsche Bischöfe sich solches zum

Theil ohne Widerspruch gefallen lassen, und stillschweigend genehmigt; ihrer eigenen Gerechtsame hingegen sich zu bedienen aufgehört haben.

§. 17.

Nur ein reichsconstitutionsmäßiger Besitz kömmt dem römischen Hofe zu statten.

Dieser Einwurf des römischen Hofes ist alt und schon oft in ähnlichen Fällen zur Beschönigung von Ungerechtigkeiten gebraucht worden. Allein noch nie hat ein Pabst mit dem bloß angemaßten Besitz, weder bey Eingriffen in Gerechtsame weltlicher Regenten, (so ausgebreitet auch sonst durch diese die päbstlichen Besitzungen gewesen,) noch auch bey Eingriffen in bischöfliche Rechte sich schützen können: auch ist auf den Kirchenversammlungen zu Costnitz und Basel bey den gegen den päbstlichen Hof getroffenen Verfügungen auf jenen Beschönigungsgrund überall keine Rücksicht genommen worden. Der Besitz auf welchen man sich beruft, betrifft Verkürzungen der zum Episcopat gehörigen und jedem Bischofe nur anvertrauten Gerechtsame, welche in Rücksicht auf den Kirchenstaat als öffentliche Rechte eines jeden Bisthums zu betrachten sind, und auf der Verfassung der teutschen Kirche beruhen. Bey Gerechtsamen dieser Art, die einen Theil der teutschen Kirchenverfassung ausmachen, hat dem römischen Hofe nur ein solcher Besitz zu statten kommen können, welcher ihm reichsconstitutionsmäßig zugestanden worden. Nur diejenigen exemtiones geistlicher corporum haben daher einen Rechtsbestand, welche vom Kaiser und Reich genehmiget sind: weshalb auch diese in der Emser Punctation ausgenommen worden. Aus gleichem Grunde kann sich der päbstliche Hof auf den Besitz der Rechte beziehen, welche ihm in den Concordaten bis zu einer künftigen Kirchenversammlung bewilliget worden, jedoch ist in der Emser Punctation mit Bestande erinnert, daß unter den Concordaten nicht bloß die zu Aschaffenburg im Jahr 1448 geschlossenen, sondern zugleich die vom römischen König Albrecht und den Reichsfürsten zu Mainz im Jahr 1439 angenommenen und von Eugen IV. gebilligten Baseler Decrete begriffen sind, da diese (wie §. 11. bemerkt ist) selbst nach dem ausdrücklichen Inhalte von jenen in allen Puncten unverändert bleiben sollen, welche nicht durch die Aschaffenburger Concordate eine neue Bestimmung erhalten haben.

§. 18.

Der einseitig angemaßte Besitz bleibt den bischöflichen Rechten unschädlich.

Bey Gerechtsamen hingegen, die zu den eigenen bischöflichen Rechten gehören, und dem römischen Hofe durch Concordate im teutschen Reiche nicht zugestanden sind, kann sich derselbe mit einem bloß einseitig angemaßten Besitz nicht schützen. Nur durch einseitige Verfügungen hat Rom diesen Besitz erlangt, und durch Uebermacht ihn geltend zu machen gewußt. Aller Nachtheil, welcher daraus für die Bisthümer entstanden, konnte nur diejenigen Bischöfe treffen, welche Eingriffe in ihre Gerechtsame für ihre Personen geschehen ließen. Gegen ihre Nachfolger in den Bisthümern und Erzbisthümern kann ein solcher Besitz von keiner Kraft und Wirkung seyn, da spätere Bischö-

schöfe die ihnen zustehenden Rechte nicht von ihren Vorgängern erhalten, und Nachsicht oder Nachläßigkeit der letztern ihren Nachfolgern keine Gerechtsame nehmen kann, welche durch die Stiftung ihren Bisthümern zugeeignet sind. In diesem Betracht wird dasjenige, was zur Verminderung der bischöflichen Rechte unternommen wird, schon in den gemeinen Rechten

c. 27. X. de iure iur. c. 1. eod. in 6.

für kraftlos erklärt. Hierzu kömmt, daß die Anmaßungen, welche der römische Hof gegen einzelne Bischöfe leicht durchzusetzen vermochte, schon längst der Gegenstand öffentlicher Beschwerden geworden sind, die z. B. i. J. 1521 auf dem Reichstage zu Worms, und i. J. 1523 auf dem Reichstage zu Nürnberg angebracht wurden;

Iac. Frid. Georgius in Grauaminibus nationis germ. aduersus sedem rom. sect. II.

Mosers Betrachtungen über Kaiser Josephs II Wahlcapitulation 2 Th. S. 98.

Schilter de libertate eccles. germ. p. 859.

auch, daß dieselben vermöge des Reichs-Abschieds zu Augsburg v. J. 1530. §. 132. zur Handlung und Abthuung ausgesetzt sind, und deren Abhelfung in allen kaiserlichen Capitulationen Art 14. in beständiger Erinnerung geblieben ist. Sind nun gleich solche Beschwerden noch zur Zeit nicht abgethan, vielmehr unter den nachher im teutschen Reiche niedergesetzten Nuntiatur-Gerichten noch vermehret worden: so haben dennoch jene fortdauernd geführten Beschwerden die rechtliche Wirkung: daß der Besitz solcher Anmaßungen beständig kraftlos geblieben ist.

Wird vollends auf die Quellen gesehen, woraus der römische Hof den Besitz von Rechten erlangt hat, welche überall in der geistlichen Oberaufsicht des Oberhirten nicht enthalten sind, und wodurch die den Bischöfen eigene Gerechtsame beeinträchtiget werden, so sind es die falschen Isidorischen Decretalen, deren Sätze derselbe bey der Unwissenheit voriger Zeiten geltend gemacht, und sich daraus den Besitz zugeeignet, über die bischöflichen Rechte nach Ermessen zu verfügen, in den Bisthümern eine Art von Mitregierung zu behaupten, die (unter dem bischöflichen Recht begriffenen) Dispensationen in Ehehindernissen, geistlichen Weihen, und Abstinenz-Gebote, wie auch Lossprechungen von Gelübden sich vorzubehalten, einen Theil der Diöcesanen sich unmittelbar zu unterwerfen und Eingriffe in die Vergebung geistlicher Würden und Pfründen zu thun. Ein Besitz, der auf Irrthum und Ungerechtigkeit beruhet, wird in

c. 3. d. 8.

als eine kraftlose Corruptel betrachtet, besonders wenn er apostolische und auf der Kirchenverfassung beruhende bischöfliche Rechte betrifft, welche nach dem

c. 11. §. 1. c. 17. C. 25. qu. 2.

 durch

durch keine Anmaßungen geschmälert werden sollen. Daraus rechtfertiget sich die schon von mehrern Rechtsgelehrten, z. B. von

Gregor. Zahlwein in iur. eccles. vniuers. tom. II. qu. 1. cap. 8. §. 5. p. 253.
Ios. Val. Eybel in introd. in ius eccles. cathol. tom. II. lib. 2. c. 7. §. 197.
Febronius in tr. de statu ecclesiae c. 8. §. 5. p. 534.
Rob. Curalt in princ. iurisprud. sacrae P. 1. §. 17.

behauptete Meinung: "nullam hac in parte romanis prodesse possessionem, vel praescriptionem, vel consuetudinem."

Wenigstens würde Gregor der Große, welcher noch alle Bischöfe seine Brüder nannte und als solche sie ehrte, diese Folge gegen sich gelten lassen müssen, wenn er sagt: "Absit a me, vt statuta maiorum consacerdotibus meis in qualibet ecclesia infringam, quia mihi iniuriam facio, si fratrum meorum iura perturbo."

c. 10. C. 25. qu. 2.

§. 19.

Dem römischen Hofe fehlt es bey den im Emser Resultat angeführten Puncten an einem concordatenmäßigen Besitz.

Nach der Verordnung der Fürsten-Concordate und der darin angenommenen Baseler Decrete sess. 21. hat überhaupt die Erhebung der Pallien-Gelder nicht weiter statt finden sollen; und nichts desto weniger hat der römische Hof auch nachher Mittel und Wege gefunden, sie in jedem vorkommenden Falle zu fordern und zu erheben. Die in den Aschaffenburger Concordaten versicherte Herabsetzung der Annaten ist so wenig zur Erfüllung gekommen, daß dieser unbillige Tribut, statt vermindert zu werden, nur noch erhöht wurde. Die Vergebung der Dignitäten in den Stiftern welche der ordentlichen Provision überlassen bleiben sollte, ist ganz dem wahren Sinne der Concordate zuwider unter die Vergebungen in den Wechselmonaten gezogen worden. Ganz der Absicht dieses Vertrages entgegen sind auch die zum Vortheil eines Dritten geschehenen Resignationen, wodurch die neue Vergebung nicht anders, als wäre die Erledigung der Pfründe am Hofe zu Rom erfolgt, dem Pabste vorbehalten wird.

Auch auf einen reichsconstitutionsmäßigen Besitz kann sich der Bischof von Rom nicht bey Gerechtsamen berufen, welche nach teutscher Kirchenverfassung das Eigenthum teutscher Bischöfe sind. Nicht durch Nachsicht einzelner Bischöfe, sondern nur durch Einwilligung des ganzen Reichs, dessen Verfassung geändert werden sollte, würde ein reichsconstitutionsmäßiger Besitz haben begründet werden können. Allein wie wenig das teutsche Reich einen solchen Besitz billige, haben schon im 15ten Jahrhundert die Bemühungen gezeigt, mit welchen dasselbe die gekränkten Rechte der Bischöfe gegen päbstliche Usurpationen zu behaupten suchte. Zu den in dieser Rücksicht ange-

bracht-

brachten Beschwerden gehören die der Reichsverfassung zuwiderlaufenden Exemtionen geistlicher corporum und Orden und deren vermittelst auferlegten Gehorsams geschehende Verbindung mit auswärtigen Obern, als eine stets fortdauernde Schmälerung der Diöcesan-Rechte, und Quelle der Unordnung und beständiger Collisionen.

Da den Erzbischöfen und Bischöfen in ihren Kirchensprengeln das Recht der Gesetzgebung zusteht: so ist es als Eingriff in die bischöflichen Gerechtsame anzusehen, daß römische Dicasterien eine Art von Mitregierung in teutschen Diöcesen ausüben, und Dispensationen vornehmen, zu deren Ertheilung jeder Bischof berechtigt ist. Mit größtem Recht wird daher der bekannte Nachtheil, der aus den vielfältigen Recursen nach Rom für das gemeinschaftliche Wohl des catholischen Teutschlands entsteht, zugleich ein Gegenstand der höchsten Betrachtung des Kaisers und des Reichs. Auch die Errichtung fremder Gerichtshöfe, welche auf einseitige Verfügung des römischen Hofes mit dem Ausgang des 16ten Jahrhunderts durch abgesendete Nuntien im freyen teutschen Reich ihren Anfang nahm, ist eine fortdauernde Veranlassung zu Beschwerden über Kränkungen bischöflicher Gerechtsame und unendlicher Collisionen geworden. Die Absendung der Nuntien nach Teutschland war nicht sowohl auf die der päbstlichen Oberaufsicht untergeordneten Gegenstände als vielmehr darauf gerichtet: die angemaßten Rechte des römischen Stuhls in den Reichslanden auszuüben und zu erweitern, und mitten in Teutschland Gerichtshöfe in actibus voluntariae et contentiosae iurisdictionis zu errichten.

Diese die Freyheit der teutschen Kirche bedrückende Angelegenheit ist die Ursache gewesen, wodurch die kaiserliche Schutz- und Schirmgerechtigkeit in der Verfügung begründet wurde, die Nuntiatur-Gerichte im teutschen Reiche nicht weiter zu gestatten, und eben dadurch die Rechte der geistlichen Reichsfürsten gegen weitere Eingriffe zu decken. Ueberhaupt ist die Zulassung päbstlicher Nuntien in jedem Staat eine res merae facultatis, und es hängt von dem Ermessen des Regenten ab, päbstliche mit Gerichtbarkeit begabte Nuntien im Staate zuzulassen, oder nicht zuzulassen, und in jedem besondern Fall, sowohl deren Zulassung als auch die Bedingungen ihrer Aufnahme zu bestimmen.

Petr. de Marca de concordia sacerd. et imp. lib. V. cap. 56. 57. 58.
Franc. Florens in oper. tom. II. p. 172.

Einseitige zum Vortheil der Nuntien zu Rom gemachte Verordnungen haben in dieser, die Rechte freyer Staaten und die freyen Rechte auswärtiger Kirchen betreffenden Angelegenheit nie eine Kraft erlangen können. Auch dadurch daß päbstliche Nuntien in einzelnen Fällen unter gewissen Bedingungen in einem auswärtigen Staate sind zugelassen worden, kann der römische Hof niemals einen rechtmäßigen Besitz begründen, weil es eine freye Zulassung war, und bey einer gestatteten re merae facultatis den Rechten nach kein Besitz eintritt. Wenn in den Reichsgesetzen gegen Eingriffe päbstlicher Nuntien in weltliche Rechte wiederholte Verordnungen getroffen wurden, so kann der römische Hof daraus keinen anerkannten Besitz der Gerichtbarkeit in geistlichen

lichen Sachen herleiten, weil sie in weltlichen Sachen ihm untersagt worden sey. Vielmehr ist alles was sich hieraus folgern läßt, eine gewisse Nachsicht, welche gegen die Existenz jener eigenmächtig angelegten Nuntiatur-Gerichte gebraucht worden ist. Diese stillschweigend vergönnte Nachsicht hat von keiner größern Kraft seyn können, als jede, in einem fremden Staat nachgesuchte und ausdrücklich bewilligte, Zulassung derselben; mithin hat die wesentliche Eigenschaft einer rei merae facultatis hier nicht verloren werden können. Ein Besitz an demjenigen, was merae facultatis ist, kann nur durch eingelegten Widerspruch und durch die darauf erfolgte Beruhigung begründet werden.

§. 20.

Schluß.

Da die in das kirchliche Staatsrecht einschlagenden Puncte des Emser Resultats auf den angeführten Gründen beruhen: so bin ich sowohl nach allgemeinen, in der catholischen Kirche anerkannten, Grundsätzen des Rechts der Bischöfe und ihres Verhältnisses gegen den päbstlichen Stuhl, als auch nach der Grundverfassung der im teutschen Reiche gestifteten catholischen Erzbisthümer und Bisthümer der rechtlichen Meinung:

> daß das Resultat des Emser Congresses dem catholischen Kirchen-Staatsrecht in Teutschland gemäß sey.

Wird diese Punctation mit ähnlichen Beschwerungs-Puncten, die schon vor Jahrhunderten gegen die römische Curie auf Reichstägen angebracht worden, in Vergleichung gestellt: so beruhen beyde im Grunde auf gleichen, vorhin ausgeführten, und vom teutschen Reich durch die verfügte Erledigung dieser Beschwerden anerkannten Gründen. Wenn nun die Emser Punctation durch die vorhabende Vereinigung der teutschen Erzbischöfe und Bischöfe, und durch Einverständniß der weltlichen Fürsten, durch deren Reichslande die Kirchensprengel gehen, unter allerhöchstem kaiserlichem mittelst des churfürstlichen Collegial-Schreibens vom 19ten März 1764 schon erwirktem Schutz und Schirm unterstützt werden sollte: so dürfte eine gedeihlichere Ausmittelung dieser Punctation zu erwarten seyn, als von der auf dem Reichstage zu Augsburg v. J. 1530 §. 32. bewilligten und in den kaiserlichen Capitulationen in stetem Andenken erhaltenen Abthuung der wider den römischen Hof angebrachten Beschwerden zu erhalten war. 1787.

Num. 170.

Num. 170.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

De effectu suppressionis fundationum ecclesiasticarum vi imperii civilis factae, maxime intuitu bonorum extra territorium sitorum.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Status causae. n. 1.
Quaestiones propositae. n. 2.
Abbatia Wadgassen ab origine fundatio germanica est. n 3. 6.
Bona fundationibus destinata et cum iis coniuncta earum partem essentialem constituunt. n. 4. 5.
Permutatio per quam dicta abbatia cum quibusdam appertinentiis sub ditionem regis franciae venit non effecit, vt fundatio germanica esse desierit. n. 7.
Vti quilibet homo iuris ciuitatis in pluribus territoriis capax est, ita etiam persona moralis. n. 8.
Ratione bonorum quae regi franciae cessa non sunt, sub ditione et tutela imperii germanici permansit abbatia. n. 9. 10. 20.
Congregatio non tantum ex iis personis constituitur quae in capitulo sunt, sed etiam ex iis quae negotiorum eius gerendorum causa absunt. n. 11.
Congregatio ecclesiastica tanquam vniuersitas personarum ex solo loco in quo degit considerari nequit. n. 12. 13.
Suppressio de qua quaeritur est politica, cuius vis, effectus, et differentia ab ecclesiastica exponitur. n. 14.
Suppressio politica ratione eorum bonorum quae in territorio extraneo sita sunt, effectum habere nequit. n. 15.
Suppressio de qua quaeritur pactis contraria est. n. 16.
Pactis ex quibus abbatiae ipsi etiam ius contradicendi competit. n. 17.
Confirmatio et approbatio caesarea ad totum negotium spectat ideoque intercessio caesaris iure postulari potest. n. 18.
Suppressio eam vim habet vt bona in Francia sita reipublicae committantur, quod vero ratione bonorum exterorum secus se habet. n. 19.
Ius itaque competit abbatiae in bonis in Germania sitis nouum domicilium sibi constituendi. n. 20.
Suppressio vi imperii ciuilis facta nullam vim extra territorium habet n. 21.
Nec bona in Germania sita tamquam pertinentiae abbatiae in Francia constitutae considerari possunt. n. 22.
Si abbatia in Germania nouam sedem sibi constituit, nouam existentiam non accipit, sed potius continuat priorem. n. 23. 24.
Quaestionum decisio. n. 25.

Rechtsgutachten. *

§. 1.

Die Abtey Wadgassen, Prämonstratenser Ordens, ist eine ursprünglich teutsche Stiftung. Wadgassen war eine villa regia, als Kaiser Heinrich der 4te sie dem Grafen von Nassau Siegfried im Jahre 1080 zu freyem Eigenthum übergab. Von diesem Orte und noch mehrern Gütern machte die Gräfin von Nassau-Saarbrücken Gisela, nach der Gesinnung ihres verstorbenen Gemahls Friederich, und mit Bewilligung ihres Sohnes, des Grafen Simon, die reiche Stiftung zu dem Closter, welches der Erzbischof zu Trier Adalbero im Jahre 1135 errichtete. Dieses Closter erlangte in der Folge einen merklichen Anwachs durch geschenkte und sonst erworbene Ortschaften und Besitzungen in und ausserhalb der Grafschaft Saarbrücken und die Päbste Eugen der 3te und Alexander der 3te bestätigten es durch die päbstlichen Bullen vom Jahre 1152 und 1179.

Kaiser Friederich der 2te nahm es im Jahre 1235 unter besondern kaiserlichen und des Reichs Schutz, und diesen erneuerte Carl der 5te in einem darüber im Jahre 1521 ausgestellten Schutz- und Schirm-Briefe.

Die Gerechtsame und Hoheitsrechte der Grafen von Nassau-Saarbrücken über die Abtey Wadgassen und deren Besitzungen sind im 15ten Jahrhunderte durch verschiedene öffentliche Vergleiche, und darauf, zu Folge des westphälischen Friedens, nach dem Entscheidungsjahre 1624 bestimmt, und nach diesen Grundlagen durch die kaiserlichen Reichs-Cammergerichts-Urtheile vom 17ten Jun. 1727 und vom 10ten Nov. 1728, und durch den nachher unter Vermittelung des Reichs-Cammergerichts geschlossenen Vergleich vom 5ten Jul. 1729 festgesetzt worden.

§. 2.

Die Lage, in welche die Abtey dadurch gekommen ist, daß die Fürsten von Nassau-Saarbrücken ihre Gerechtsame und Hoheitsrechte über die Abtey und über deren an der linken Seite des Flusses Saar gelegenen Ortschaften Hostenbach, Schafhausen und Werbel, nebst dem Meyerhof Spruck an die Krone Frankreich durch den Länder-

Austausch-

* Dies Rechtsgutachten ist zuerst abgedruckt als Anlage der von dem Churmainzischen Hof-Rath und Cammer-Gerichts-Advocaten, Damian Ferdinand Haas, herausgegebenen Schrift unter dem Titel:

Beantwortung der Fragen:

1) ob, wenn die Abtey Wadgassen mit ihren in Lothringen liegenden Gütern von der französischen National-Versammlung sollte und könnte aufgehoben werden, alsdann auch ihre in Deutschland übrige Besitzungen für bona vacantia zu halten seyen?

2) Ob in diesem Fall ihr nicht frey stehe, sich wieder in Deutschland überzupflanzen, und ihre dasigen Besitzungen fort zu genießen, ohne daß die Reichsstände, in deren territoriis sie liegen, selbige als herrenlose Güter mit einziehen können? Wetzlar 1792. Fol.

Austausch-Vertrag vom 15ten Febr. 1766 abgetreten haben, ist in einem im Jahre 1791 gedruckten Promemoria aus Urkunden und sonstigen Gründen ausführlich auseinander gesetzt worden.

In diesem Austausch-Vertrage haben nemlich die Fürsten von Nassau art. 22. diese Abtretung nicht anders als mit der Bedingung zu thun erkläret, daß die Abtey unter königlich französischer Hoheit diejenigen Gerechtsame, Privilegien, Freyheiten und Befreyungen gleichergestalt ferner geniessen solle, welche selbiger, sowohl vermöge ihrer Stiftung und der zwischen dem Hause Nassau und ihr in den Jahren 1729 und 1759 gemachten Verträge, als auch kraft der Urtheile des kaiserlichen und Reichs-Cammergerichts zu Wetzlar gebühren, und dagegen hat der König von Frankreich der Abtey alle

> in den angeführten Wetzlarer Cammergerichts-Urtheilen, Verträgen und Vergleichen ihr zukommende Gerechtsame, Privilegien, Freyheiten, Befreyungen und Gerichtbarkeit bestätiget, um unter Allerhöchstdero Hoheit selbige auf die nemliche Weise wie bisher unter der Hoheit des teutschen Reichs zu geniessen.

Diese Abtretung ist unter Einwilligung und Genehmigung des Kaisers und des teutschen Reichs geschehen, wie das kaiserliche Commissions-Ratifications-Decret vom 15ten Febr. 1768 ausweiset.

§. 3.

Die Abtey Wadgassen hat indessen im teutschen Reiche mehrere in den Gebieten verschiedener Reichsstände gelegene Güter und Besitzungen beybehalten. Da auch nur die Hoheitsrechte über die linker Seits des Saarflusses in der Gegend von Saarlouis gelegenen Ortschaften an die Krone Frankreich abgetreten sind, so ist in dem Tauschvertrage ausdrücklich festgesetzt worden:

> daß die der Abtey in dem übrigen Theile der Grafschaft Saarbrücken zugehörigen, in dieser Abtretung nicht mit begriffenen Dörfer, Höfe, Ländereyen, Renten und andere Güter, es sey unter welcher Benennung es wolle, nach Maaßgabe der obangezogenen Urtheile, Verträge und Vergleiche, nach wie vor, von dem teutschen Reiche abhängig, und unter der landesherrlichen Gerichtbarkeit des Hauses Nassau verbleiben, auch das Erkenntniß über die zwischen sothanem Hause und der Abtey, wegen ermeldeter nicht abgetretener Dorfschaften sich allenfalls ereignenden Zwistigkeiten, wie vorhin, den Reichsgerichten allein zustehen solle.

Die Abtey hat dabey in der Grafschaft Saarbrücken die ihr einverleibten und von ihr abhängenden etwa 20 Pfarreyen, die sie mit ihren Conventualen zu versehen hat, beybehalten: und in Rücksicht dessen ist durch eine von der Krone Frankreich noch besonders ausgestellte Erklärung vom 26ten Jun. 1767 festgesetzt worden, daß teut-

sche Reichsunterthanen jetzt, wie vorhin, in das Closter als Novizen aufgenommen werden sollen.

§. 4.

Ungeachtet der Abtey Wadgassen bey dem Uebergange unter die französische Hoheit die Aufrechterhaltung ihrer Stiftungs- und Reichsconstitutionsmässigen Gerechtsame und Freyheiten, auch in Ansehung ihrer jenseits des Saarflusses liegenden Ortschaften und Güter unter öffentlicher Treue feyerlichst versichert worden sind; so steht sie dennoch in dem besorglichen Falle, daß, da die Nationalversammlung in Ansehung ihrer keine Ausnahme von der in der neuen französischen Constitution beliebten Aufhebung der Clöster und Einziehung der geistlichen Güter zu machen, durch ein Decret vom 16ten April 1790 zu erkennen gegeben hat, sie ein gleiches Loos mit den übrigen geistlichen Stiftungen treffen dürfte, daferne nicht die am französischen Hofe gemachten und von dem Fürsten von Nassau-Saarbrücken selbst unterstützten Vorstellungen von der Wirkung seyn sollten, daß der König von Frankreich dieses Decret nicht sanctionirt.

Immittelst erwachsen bleben die Fragen:

2 1) Ob, wenn die Abtey Wadgassen mit ihren in Lothringen liegenden Gütern von der französischen Nationalversammlung wirklich aufgehoben werden sollte, auch deren im teutschen Reiche gelegene übrige Besitzungen für bona vacantia zu halten seyen?

2) Ob nicht vielmehr in diesem Falle ihr freystehe, sich wieder nach Teutschland hinüber zu verpflanzen, und ihre dasigen Besitzungen fort zu geniessen, ohne daß die Reichsstände, in deren Landen sie liegen, selbige als herrenlose Güter mit Recht einziehen können?

über welche mein rechtliches Gutachten begehret worden.

§. 5.

3 Die richtige Beurtheilung dieser Fragen hängt zuvörderst davon ab, in welchem Verhältniß die Abtey Wadgassen gegen das teutsche Reich in Ansehung ihrer Rechte und Besitzungen steht.

Nach der ersten Stiftung, durch welche Gisela, Gräfin von Saarbrücken, ansehnliche Besitzungen zur Anlegung eines Closters nach den Ordensregeln des Augustins ausgesetzt hat, und nach der darauf vom Erzbischof von Trier erfolgten Errichtung des Closters ist es ursprünglich ein teutsches Stift. Dafür ist es erkannt, als die Kaiser Friedrich der 2te und Carl der 5te es in besondern Kaiserlichen und des Reichs Schutz genommen haben. Diese Eigenschaft hat es bey dem Anwachse seiner Güter in den Gebieten mehrerer Reichsstände, und gleichfalls seit der im Jahre 1766 erfolgten merkwürdigen Veränderung nach der dabey geschehenen ausdrücklichen Bestimmung bis auf die gegenwärtige Zeit behalten.

§. 6.

§. 6.

Soll eine geistliche Gesellschaft, es sey ein Stift, Convent oder Closter, aus den dazu gewidmeten Gütern errichtet werden und entstehen: so sind die dazu ausgesetzten Güter und Besitzungen mit als deren Bestandtheile zu betrachten. Sie sind als die nothwendigen Mittel des Daseyns, der Fortdauer, und des Betriebes des fortwährenden Endzwecks derselben anzusehen. Dieses ist der Stiftung angemessen, durch welche die Güter zu keiner andern, als zu dieser bestimmten Absicht gewidmet, und mit der zu errichtenden geistlichen Congregation immerwährend vereinigt werden sollen. Diese Vereinigung wird von den geistlichen Obern vermöge des Diöcesanrechts unter Genehmigung des Staats vollzogen. Die mit der geistlichen Corporation vereinigten Güter gehören daher zu ihrer Grundverfassung: und die ihr in der Folge zu gleichem Zweck anfallenden Güter sind als ein Anwachs an Kräften und Mitteln zu einem bessern und weitern Betriebe des Zwecks, wozu sie ursprünglich errichtet ist, zu betrachten, und dienen zur Verbesserung ihrer Verfassung. Dieses alles gründet sich auf die Vorschrift der Rechte a) kraft deren keine geistliche Gesellschaft, ohne daß sie durch einen hinlänglichen dotem unterstützet werde, errichtet werden kann, und nach welchen die dazu geeigneten Güter zu keinem andern als dem in der Stiftung angegebenen Zweck angelegt werden sollen. 4

a) Nov. 67. c. 2. c. 8. X. de consecrat. eccles., Clem. 2. de domibus religiosis.

§. 7.

Dieses ist gerade der Fall bey der im teutschen Reiche errichteten Abtey Wadgassen. Gisela, Gräfin von Nassau-Saarbrücken, widmete dazu mit ihrem Sohne, dem Grafen Simon, omne patrimonium, quod habuerunt in villa Suadegosingen. — — Sunt autem haec, quae tradidit, ecclesia cum vniuersis decimationibus, dominialia sua, mansionarii cum mansis et cum omni eorum iustitia mancipia vtriusque sexus, agri, siluae, prata, pascua culta et inculta, aquae aquarumque decursus, molendina, piscationes cum omni vtilitate, quae vllo modo inde prouenire poterit. Diese Stiftung war die erste Grundlage zu dem von dem Erzbischof von Trier Adelbero errichteten Closter. Die darin nach der Regel Augustins vereinigte Congregation geistlicher Personen sollte von aller Advocatie frey, und seiner geistlichen Aufsicht unmittelbar unterworfen seyn, und wurde zum Lehr- und Predigtamt berechtiget. Durch den Anwachs an Gütern und Besitzungen, welche dieser Stiftung in den Gebieten verschiedener Reichsstände zuflossen, wurde die Verfassung und Wirksamkeit derselben erweitert und vollkommener. Indem die Päbste diese Stiftung unter ihren besondern Schutz nahmen, ward dieser Schutz besonders auf die mit ihr vereinigten Güter, Besitzungen, Rechte und Vorrechte gerichtet: weil darauf die Grundverfassung des Stifts und dessen wesentliche Erhaltung beruhet. Dieses geschah in den vom Pabst Eugen dem 3ten im Jahr 1152 und vom Pabst Alexander dem 3ten im Jahre 1179 für dieses Closter ertheilten Schutzbriefen. Ihr wesentlicher Inhalt ist auf die Aufrechthaltung der mit diesem Closter durch die Stiftung und sonst in der Folge der Zeit durch andere 5

Verleihungen vereinigten Güter gerichtet, und davon, als von einem dessen Verfassung ausmachenden Bestandtheil, wird ein bestimmtes Verzeichniß darin gegeben.

§. 8.

6 Die Abtey Wadgassen ist daher als ein im teutschen Reiche errichtetes und in den Gebieten der Reichsstände und unter deren Hoheit angesessenes teutsches Stift zu betrachten. Dafür ist sie in den Schuß- und Schirm-Briefen der Kaiser Friederichs des 2ten und Carls des 5ten anerkannt und in den besondern kaiserlichen und des Reichs Schutz aufgenommen. Es heißt in dem kurzen Schutzbriefe des Kaisers Friederich des 2ten vom Jahre 1235 *Abbatem et ecclesiam de Vuadegozingen, cum omnibus bonis suis*, quae in praesenti iuste tenent et possident et in antea iusto titulo poterant adipisci, *sub nostra et imperii protectione recepimus*. Der Character einer teutschen Stiftung wird aus ihrer Errichtung im teutschen Reiche und aus den mit ihr verbundenen, im teutschen Reiche gelegenen Besitzungen mit vollem Bestande genommen, und daraus die Entscheidung dessen, was ein teutsches Stift sey, eben so sicher hergeleitet, als Moser a) bey der zwar verschiedenen, jedoch ähnlichen Frage, wer ein Teutscher, oder ein Mitglied der teutschen Nation und des teutschen Staatskörpers sey, nicht bloß aus dem Orte des Aufenthalts, oder der Geburt, sondern eben sowohl aus dem Besitze teutscher Reichsländer und Stammgüter, oder dem darauf zustehenden Erbrechte den Grund der Beurtheilung hergenommen hat.

a) Moser von der Ausländer Fähig- und Unfähigkeit zu teutschen geistl. Würden §. 4. sq.

§. 9.

7 Die angeführten Gründe verdienen deshalb eine rechtliche Erwägung, um darnach zu beurtheilen, ob sich mit einigem Bestande behaupten lasse, daß die Abtey Wadgassen das Recht und die Eigenschaft eines teutschen Stifts durch den im Jahre 1766 geschlossenen Tausch-Vertrag des fürstlichen Hauses Nassau-Saarbrücken mit der Krone Frankreich verloren habe. Die Absicht dieses Vertrags war, die Mitte des Saarflusses zur Grenze zwischen Frankreich und dem teutschen Reiche zu bestimmen: und diese Veränderung hatte für die Abtey und für ihre jenseits der Saar gelegenen Ortschaften wegen ihrer natürlichen Lage erhebliche Folgen. Nur in Ansehung der jenseits der Saar gelegenen Güter und Antheile der Abtey hat das fürstliche Haus Nassau-Saarbrücken diejenigen Gerechtsame und Hoheitsrechte an die Krone Frankreich abgetreten, welche demselben nach dem Besitzstande des Entscheidungs-Jahres 1624 vermöge der Reichs-Cammergerichts-Urtheile und der darauf gegründeten Vergleiche von den Jahren 1729 und 1759 zugestanden: und dieses ist mit Einwilligung der Abtey und unter der dazu vom Kaiser und Reich ertheilten Genehmigung geschehen. Nur in so weit, als dieser Antheil der Abtey geht, und dessen natürliche Lage es mit sich gebracht hat, und nur unter den bedungenen Einschränkungen ist selbige unter die Botmässigkeit der Krone Frankreich gekommen, und nur in diesem Maasse hat sie zugleich die Eigenschaft einer französischen Abtey erhalten. Es hat jedoch

doch diese Veränderung die ganze Verfassung der Abtey, worin sie im teutschen Reiche gestanden, und die Besitzungen, Gerechtigkeiten, Freyheiten und Vorrechte nicht betroffen, die ihr sowohl in der Grafschaft Nassau-Saarbrücken diesseits des Saarflusses als auch in den Gebieten anderer Reichsstände zugestanden: und sie ist deshalb nach wie vor eine teutsche Abtey geblieben.

Da 1) jede einzelne Person des Bürgerrechts in verschiedenen Staaten zugleich theilhaftig werden kann: so ist kein Grund vorhanden, dieses in Ansehung einer moralischen Person zu bezweifeln. Die Abtey Wadgassen hat, als eine geistliche Stiftung, die zu ihrer Verfassung gehörigen Gerechtsame in dem weltlichen Staate des teutschen Reichs und in dessen kirchlichem Staate unter dem besondern Schutze sowohl des Kaisers und Reichs, als der geistlichen Obern bereits vor Jahrhunderten erhalten. Sie stehet bis auf den heutigen Tag in dem verfassungsmässigen Besitz und Genuß dieser Gerechtigkeiten auf teutschem Grund und Boden, und daher ist sie ein teutsches Stift geblieben, wenn sie gleich jenseits des Saarflusses zugleich die Eigenschaft eines französischen Stiftes, unter den für sie bedungenen und aus ihrer teutschen Verfassung herrührenden Gerechtsamen, erhalten hat. 8

§. 10.

Die Abtey ist 2) in Ansehung alles dessen, was unter demjenigen so an die Krone Frankreich abgetreten worden nicht begriffen ist, nach wie vor, eine von dem Reiche abhängige und unter der landesherrlichen Gerichtbarkeit stehende Abtey geblieben: wie dieses die ausdrücklichen Worte des erwähnten Tauschvertrags vom Jahre 1766 art. 22. bewähren 9

> Was aber die der Abtey in dem übrigen Theile der Grafschaft zugehörigen, in dieser Abtretung nicht mit begriffenen Dörfer, Höfe, länderenen, Renten und andere Güter, es sey unter welcher Benennung es wolle, anbetrift, die sollen nach Maaßgabe der obangezogenen Urtheile, Verträge, auch Vergleiche, nach wie vor von dem teutschen Reich abhängig, und unter der landesherrlichen Gerichtbarkeit verbleiben.

Die hier bemerkten Urtheile und Verträge sind die von dem Reichs-Cammergerichte ertheilten rechtskräftigen Erkenntnisse und die darauf zwischen dem fürstlichen Hause Nassau-Saarbrücken und der Abtey Wadgassen in den Jahren 1729 und 1759 errichteten Verträge. Beyde sind nun gerade die Norm, und enthalten die Bestimmungen der an die Krone Frankreich abgetretenen Hoheitsrechte über die Abtey.

§. 11.

Diesem zufolge hat 3) die Abtey den besondern Schutz des Kaisers und des Reichs, welcher ihr in den Schutz- und Schirmbriefen der Kaiser Friederichs des 2ten und Carls des 5ten in Ansehung aller zu ihrer Verfassung gehörigen Güter und Gerechtigkeiten zugesichert ist, noch zu geniessen. Der Besitzstand, worin sie nach dem 10

Ent-

Entscheidungsjahre 1624 in Rücksicht dieser steht, ist durch den westphälischen Friedensschluß gesichert: und darauf sind die vorerwähnten reichscammergerichtlichen Urtheile gegründet. Ihr Uebergang unter die französische Hoheit hat in Ansehung dessen, was zu ihrer Verfassung im teutschen Reich gehöret, im geringsten nichts ändern, noch auch hindern sollen, daß sie nicht der ordentlichen Gerichtbarkeit, unter welcher sie in Ansehung ihrer Gerechtigkeiten und Besitzungen in den Gebieten der Reichsstände stehet, und eben sowohl der Gerichtbarkeit der Reichs-Gerichte in den dahin gehörigen Fällen unterworfen geblieben ist: wie dieses die Worte des Austausch-Vergleichs art. 22. ganz ausdrücklich festsetzen:

> Auch die Erkenntniß über die zwischen sothanem (fürstlich Nassau-Saarbrücklischem) Hause und der Abtey wegen ermeldeter nicht abgetretener Ortschaften sich allenfalls ereignende Zwistigkeiten, wie vorhin, den Reichsgerichten allein zustehen.

Sie ist also in Ansehung ihrer in Teutschland beybehaltenen Verfassung in allem Betracht eine teutsche Abtey geblieben.

§. 12.

11 Wird nun auch die Abtey nach ihrer Einrichtung, und als ein aus dem Abt und den übrigen geistlichen Stiftspersonen zusammengesetztes Ganzes betrachtet; so besteht das Convent eben sowohl aus den Gliedern, die zu Wadgassen wirklich ihren Aufenthalt haben, als aus allen den Gliedern, welche zu der Bestreitung aller zu ihrer Verfassung gehörigen Bestimmungen und Einrichtungen auf teutschem Grund und Boden, zu der Besorgung der etwa zwanzig der Abtey einverleibten Pfarreyen, zur Aufsicht und zum Administrationswesen über ihre Güter und Gerechtigkeiten angesetzt sind. Aus der capitularischen Einwilligung der Abtey Wadgassen in den Tauschvertrag vom Jahre 1766, welchen einige 70 Mitglieder als Conventualen unterschrieben haben, läßt sich die starke Anzahl der auf teutschem Grund und Boden angesetzten Conventualen abnehmen. Zur Bestreitung ihrer auf teutschem Boden verfassungsmäßig zu besorgenden Geschäfte und Pflichten hat die Abtey die Befugniß, teutsche Mitglieder in ihr Convent aufzunehmen, beybehalten. Darüber ist von der Krone Frankreich ihr eine besondere Versicherung unterm 26ten Jun. 1767 dahin ausgestellt worden, daß Unterthanen des teutschen Reichs

> jetzt wie vorhin, in besagtes Closter aufgenommen werden sollen, ohne jemahls davon ausgeschlossen werden zu können.

Auch diese Versicherung, daß teutsche Reichs-Unterthanen von der Aufnahme in das Closter nicht ausgeschlossen werden sollen, ist in dem kaiserlichen Commissions-Decrete vom 4ten Nov. 1767 als ein Grund der allerhöchsten Genehmigung in die Abtretung des Closters an die Krone Frankreich angeführt worden. Wird nun nach dem Herkommen bey teutschen Stiftern zugleich auf die Geburt und darauf Rücksicht genommen, daß meistens keine andere als eingebohrne Teutsche darin aufgenommen wer-

werden a); so hat auch die Abtey in der vor wie nach beybehaltenen Befugniß, eingebohrne Teutsche in ihr Convent aufzunehmen, und durch sie die zu ihrer Verfassung gehörigen Einrichtungen und Bestimmungen besorgen zu lassen, die Eigenschaft eines teutschen Stifts behalten.

a) Joh Jac. Moser von teutscher Unterthanen Rechten und Pflichten, B. 3. C. 1. §. 14. , S. 286.

§. 13.

Ist mithin die Abtey Wadgassen im Rechtsverstande, und nach dem doppelten Verhältnisse, worin sie gegen das teutsche Reich geblieben, und worin sie gegen die Krone Frankreich getreten ist, zugleich als ein teutsches und als ein französisches Stift zu beurtheilen: so erledigen sich schon daraus die Einwendungen, welche in einer zu Giessen herausgekommenen Druckschrift b) aus den in selbiger angenommenen Grundsätzen hergeleitet werden: 1) das Closter Wadgassen sey nur ein Closter, und es seyen ihrer nicht zwey, zugleich und mit einander existirende Clöster, nemlich ein teutsches und ein französisches Closter Wadgassen; 2) dasselbe sey vor dem Jahre 1766 ein teutsches in der Grafschaft Saarbrücken unter fürstlich Nassau-Saarbrückischer Landeshoheit liegendes, zum teutschen Reiche gehöriges Closter gewesen, es sey durch den Tauschvertrag ein französisches, auf Frankreichs Boden liegendes Closter geworden, und aus der fürstlich nassauischen Landeshoheit, und der kaiserlichen Reichs-Herrlichkeit in die königlich französische Botmässigkeit übergegangen. 3) Nicht die Güter, die dasselbe in den reichsständischen Gebieten besessen, machten es zum teutschen Closter, sondern die vniuersitas personarum oder die congregatio monastica, oder das corpus monasticum, als eine persona moralis: in welchem Reiche oder Lande diese lebe und wohne, darin und nirgends anders sey das Closter. 12

b) Ueber die Fragen: ob die teutschen Besitzungen der aufgehobenen Abtey Wadgassen für bona vacantia zu halten seyen? und ob derselben nicht freystehe, sich wieder in Teutschland überzupflanzen und ihre dasige Besitzungen fortzugeniessen oder nach den Ordens-Statuten sonst darüber zu disponiren, ohne daß von den Reichsständen, in deren Landen sie gelegen sind, die Abtey daran gehindert, und selbige, als herrenlose Güter, mit Recht eingezogen werden können? Giessen 1792.

§. 14.

Wenn ein Closter oder eine andre Stiftung, als eine im Staate berechtigte geistliche Congregation zu beurtheilen ist; so kann sie zuvörderst nicht bloß im gemeinen Verstande, als eine vniuersitas personarum angesehen werden, und es kann nicht bloß auf den Ort ihres Aufenthaltes Rücksicht genommen werden: hierauf beruhen gleichwohl die angeführten Einwendungen. Sodann kömmt die geistliche Congregation in dem Verhältniß gegen den Staat, in welchem sie berechtiget ist; folglich in derjenigen Verfassung in rechtliche Betrachtung, die sie vermöge ihrer Stiftung und anderer Verleihungen, zum Betrieb ihrer gemeinschaftlichen Angelegenheiten, der ihr zugehörigen Gerechtigkeiten an Gütern, Besitzungen, Ortschaften, Gerichtbarkeiten und Un- 13

Unterthanen in dem Staate erhalten hat. Nach dieser im Staate erlangten Verfassung wird sie im Rechtsverstande betrachtet a), und davon hängt die Eigenschaft der moralischen Person ab, die sie im Staate hat. Dies ist der Fall mit dem Closter Wadgassen. Nicht bloß in dem zu Wadgassen errichteten Convent, sondern in seinen Gütern und in der ganzen Verfassung, welche dieses Stift im teutschen Reiche erhalten hat, stellt es eine moralische Person vor. Vor dem Jahre 1766 konnte die Abtey in ihrem ganzen Umfange nur allein in dem Verhältniß gegen das teutsche Reich und gegen die Reichsstände, unter deren Hoheit sie in dem Genuß ihrer Gerechtsame stand, betrachtet werden. Nach dem Jahre 1766 stellt sie zugleich nach dem Verhältniß, da sie vertragsmässig unter die französische Botmässigkeit gekommen ist, auch eine moralische Person in Frankreich vor. Dadurch hat sie aber das Bürgerrecht im teutschen Reiche nicht verloren: vielmehr soll sie kraft des Tauschvertrags in allem dem, was unter der Abtretung nicht begriffen ist, eine von dem teutschen Reiche abhängige Abtey bleiben. In dem tractatenmässigen Rechtsverstande ist sie daher nach dem doppelten Verhältniß ihrer Verfassung eben sowohl ein teutsches, als französisches Closter: und im teutschen Reiche sowohl, als in Frankreich, ist sie eine nach gleichen Grundsätzen berechtigte moralische Person.

a) Nach diesen Grundsätzen wird eine Corporation im Rechtsverstande im Staate beurtheilet: dieß sind Grundsätze, die auch in dem allgemeinen Gesetzbuche für die preussischen Staaten, Th. 2. Tit. 6. §. 26. 27. anerkannt sind.

§. 15.

14 Bey dieser Lage der Abtey läßt sich nunmehr in Ansehung des in Frage stehenden Falles richtig urtheilen, welche rechtliche Wirkungen die von der National-Versammlung in Frankreich beschlossene Aufhebung derselben, wenn sie noch sanctionirt und vollzogen werden sollte, in Rücksicht auf ihre im teutschen Reich befindliche Verfassung haben könnte.

Die Aufhebung der Abtey würde in diesem Falle unter die Art der Aufhebung gehören, welche die politische zu nennen ist, sie würde aus Rücksichten auf das Wohl des Staats und vermöge der französischen Oberherrlichkeit geschehen, unter welcher das Stift jenseits des Saarflusses mit den ihm zugehörigen Ortschaften auf französischem Grund und Boden steht. Die politische Aufhebung einer geistlichen Stiftung unterscheidet sich aber von der kirchlichen oder ordentlichen, welche vermöge der Kirchengewalt von den befugten geistlichen Obern verfüget wird, sehr beträchtlich. Durch die politische Aufhebung verliert die Stiftung ihre Rechte im Staat, und alles was darin zu ihrer Verfassung gehöret. Sie verliert, als eine moralische Person, ihr Bürgerrecht und ihr Daseyn im Staate, und sofern nicht die Stifter auszumitteln sind, welche sonst die Stiftungsgüter zurück zu nehmen für berechtigt zu halten sind, fällt das Vermögen dem Staate zu anderweiter Verwendung für das gemeine Wohl anheim. Betrift die Aufhebung eine geistliche Congregation, deren Verfassung sich zugleich in einen auswärtigen Staat ausbreitet; so ist aus Gründen der politischen Auf-

Aufhebung und aus deren Natur und der ganzen Absicht kein rechtlicher Grund herzuleiten, nach welchem sie, als eine im auswärtigen Staate zugleich berechtigte Stiftung, die Rechte verlieren sollte, welche zu ihrer Verfassung daselbst gehören. Sie behält die Rechte einer moralischen Person in dem auswärtigen Staate immer noch, weil jener Staat ihr diese bloß deshalb zu entziehen nicht berechtiget ist, weil der andere es gethan hat, und sie behält sie auf gleiche Weise, wie eine einzelne Person, die in zwey Staaten landsässig und begütert ist. Durch die in dem einen Staate aus politischen Gründen ergangene Einziehung des ganzen Vermögens und durch den ihr darin nicht weiter gestatteten Aufenthalt, verliert sie die Rechte des Bürgerrechts, der Landsässigkeit, des freyen Genusses ihrer Gerechtigkeiten und des Aufenthalts in dem andern Staate nicht.

Anders verhält es sich mit der ordentlichen und kirchlichen Aufhebung einer Stiftung. Durch diese verliert sie ihr gänzliches Daseyn, sofern nur der Staat, in welchem sie errichtet ist, in diese Aufhebung williget. Alsdann erst kann sie für ganz gestorben gehalten, und ihr Vermögen für ein dem Staate zu dessen nützlicher Verwendung heimgefallenes herrenloses Gut angesehen werden. Den Jesuiten-Orden traf zuerst die politische Aufhebung in Frankreich und in andern einzelnen Reichen: und dadurch verloren ihre Ordenshäuser ihre politische Existenz und ihr Vermögen innerhalb den Gränzen dieser Staaten. Dieses hat aber nicht gehindert, daß sie die Fortdauer ihrer Gesellschaft, wie es ihre Lage in andern Staaten mit sich gebracht, fortgesetzet haben. Erst durch die kirchliche Aufhebung hat diese Gesellschaft in den Staaten, worin jene hoheitlich genehmiget worden, ihr ganzes Daseyn verloren.

§. 16.

Sollte nun eine politische Aufhebung der Abtey Wadgassen in Frankreich noch erfolgen; so kann sie, wenn sie auch bloß nach diesen allgemeinen, zwischen den Staaten unter einander geltenden Grundsätzen beurtheilt wird, der Abtey in Ansehung ihrer ursprünglichen Verfassung, die sie im teutschen Reich bisher erhalten hat, nicht nachtheilig seyn. Sie ist immer noch eine im teutschen Reich berechtigte und begüterte Abtey geblieben, in Ansehung ihrer Verfassung und alles desjenigen, was unter ihrer Abtretung an Frankreich nicht begriffen ist, hat sie nach dem art. 22. des Tauschvertrags vom Jahre 1766 eine vom Reich abhängige Abtey bleiben sollen, und sie genießt daher noch die Rechte einer moralischen Person im teutschen Reiche. Sie besteht in ihrer innern Einrichtung aus Gliedern und Conventualen, die Reichs-Unterthanen sind, durch die sie die zu ihrer Verfassung gehörigen Einrichtungen und die von ihr zu versehenden Pfarreyen besorgt (§. 12.).

Eine politische Aufhebung derselben in Frankreich kann auf ihre innere Verfassung als geistliche Gesellschaft, keinen weitern Einfluß haben, als was ihr Daseyn auf französischem Grunde und Boden betrift, und sofern sie aufhöret, eine französische Abtey zu seyn. Ihre innere Verfassung hat sie im teutschen Reiche durch die zu ihrer

Errichtung befugten teutschen Erzbischöfe und zugleich durch die päbstlichen Schutzbriefe erhalten. Sie ist, als ein im teutschen Reiche berechtigtes Stift, unter den besondern Schutz des Kaisers und Reichs aufgenommen. Diese innere Verfassung hat sie ohne Rücksicht dessen, daß sie seit dem Jahre 1766 unter französische Hoheit gekommen, im teutschen Reich unter dem Besitz aller ihrer Gerechtsame nach wie vor genossen: und sie bleibt als teutsche Abtey in deren Besitz und Fortgenuß, wenn sie schon aufhören sollte, eine französische Abtey zugleich zu seyn.

§. 17.

16 Die Aufhebung der Abtey in Frankreich würde in dem angenommenen Falle überdem den rechtlichen Mangel leiden, daß sie gegen die öffentlichen Verträge, welche bey deren Abtretung geschlossen sind, anstößet. In dem Tauschvertrage vom Jahr 1766 art. 22. hat das fürstliche Haus Nassau-Saarbrücken die Abtey Wadgassen mit dem District jenseits der Saar der Krone Frankreich anders nicht, als unter der Bedingung abgetreten:

> daß sie unter königlich-französischer Hoheit diejenigen Gerechtsame, Privilegien, Freyheiten und Befreyungen gleichergestalt ferner geniessen solle, welche selbiger sowohl vermöge ihrer Stiftung und der zwischen dem Hause Nassau und ihr — besonders in den Jahren 1729 und 1759 gemachten Verträge, als auch in Kraft der Urtheile des kaiserlichen und Reichs-Cammergerichts gebühren;

Diesem gemäß ist von Seiten des Königs die Erklärung dahin ertheilet worden:

> bestätigen Ihro königliche Majestät ermeldeter Abtey alle, zufolge der im gegenwärtigen Artikel angeführten Wetzlarer Cammergerichts-Urtheile, Verträge und Vergleiche ihr zukommende Gerechtsame, Privilegien, Freyheiten, Befreyungen und Gerichtbarkeit, um unter Allerhöchstdero Hoheit selbige auf die nemliche Weise, wie bisher unter der Hoheit des teutschen Reichs, zu geniessen.

Die hier benannten Urtheile und Verträge sind auf den Westphälischen Frieden und auf den Besitz des Entscheidungs-Jahres 1624 gegründet, und die an die Krone Frankreich überlassenen Rechte sind selbiger allein unter dieser Einschränkung übertragen und von ihr angenommen worden.

§. 18.

17 Aus diesem Vertrage hat nicht allein das fürstliche Haus Nassau-Saarbrücken ein Recht auf die versicherte Aufrechterhaltung der Abtey, wovon dasselbe durch die am französischen Hofe eingelegte Verwendung schon Gebrauch gemacht hat, sondern auch der Abtey selbst, zu deren Gunsten der Vertrag eingegangen ist, stehet ein gleiches Recht desto gewisser zu, da sie selbst ihre dazu erforderliche capitularische Einwilligung unter diesen für die Erhaltung ihrer Rechte und Freyheiten öffentlich getroffenen Maaß-

Maaßregeln den 10ten Dec. 1766 abgegeben hat, auf die sich auch der Fürst von Nassau-Saarbrücken bezogen als er um die kaiserliche und des Reichs Bewilligung nachgesucht hat. Auf alle diese Gründe ist auch in dem kaiserlichen Commissions-Decrete vom 4ten Nov. 1767 unter Beyfügung sämmtlicher dieserhalb ergangenen Verhandlungen und Schriften Rücksicht genommen, und dabey noch besonders der die Abtey angehende Umstand erwähnt worden: von kaiserlicher Majestät wäre bey dem Könige von Frankreich die Zusage erwirkt worden, daß Reichsunterthanen von der Aufnahme in das Closter nicht ausgeschlossen seyn sollten, und hierauf ist das ergangene Reichsgutachten und das hernach erfolgte kaiserliche Commissions-Ratifications-Decret vom 15ten Febr. 1768 gegründet. Mit keinem Scheine läßt sich daher die kaiserliche Genehmigung und der Consens des Reichs auf den bloßen Vertausch der Reichslande einschränken. Diese kaiserliche und des Reichs Genehmigung betrift vielmehr das ganze so bezeichnete Vertausch- und Gränz-Bestimmungs-Geschäft, wovon die darunter mitbegriffene Abtretung des Closters ein Theil und eine Folge gewesen ist. Es beruhete lediglich auf der kaiserlichen und des Reichs Bewilligung, in wie fern und unter welchen Bedingungen die Abtey aus der kaiserlichen Reichsherrlichkeit unter die französische Botmässigkeit übergehen sollte; und die in dem Tauschvertrage enthaltene Versicherung betraf zugleich die allerhöchsten Reichsrechte, daß die Abtey in allem dem, was ihr diesseits der Saar zugehörte, eine vom Reiche abhängige Abtey bleiben und des vom Kaiser und dem Reiche ihr versicherten Schutzes ferner geniessen solle. Ueberdem sind alle diese zur Aufrechthaltung der Rechte der Abtey in diesem Vertrage getroffenen Vorkehrungen von dem Könige in den im August 1769 erlassenen lettres patentes nochmahls öffentlich versichert, und mit dem Zusatze bestätiget worden, ensorte qu'il ne soit rien changé à la constitution presente, ni aux prerogatives et possessions generalement quelconques de la dite Abbaye. — — Bey dieser Lage der Sache war in Ansehung der der Abtey versicherten Rechte und Privilegien kaum der Einwurf zu erwarten, daß selbige niemals ein Privilegium gegen eine von der höchsten Gewalt oder der Majestät des Staats vorzunehmende Aufhebung gehabt habe. Oeffentliche Verträge bleiben nach dem Völkerrechte jederzeit die Norm in der Ausübung der höchsten Gewalt. Die National-Versammlung in Frankreich hat auch die Verbindlichkeit der Verträge die unter öffentlichem Glauben eingegangen sind, in der Uebernahme der Staatsschulden bereits anerkannt: und sie vermag die öffentliche Verpflichtung nicht zu verkennen, welche jetzt noch aus den mit der Krone Frankreich geschlossenen Verträgen entspringet. Bey diesem Geschäfte ist der Kaiser und das Reich durch die ertheilte allerhöchste Einwilligung, Genehmigung und Bestätigung als beytretender Theil anzusehen, und die Abtey Wadgassen, die in ihren übrigen Einrichtungen und Besitzungen im teutschen Reich eine von dem Reich abhängige Abtey nach wie vor geblieben ist hat einen rechtlichen Grund für sich, auf den Schutz des Kaisers und des Reichs aus den Schutz- und Schirmbriefen des Kaiser Friedrichs des 2ten und Carls des 5ten und aus den genehmigten öffentlichen Verträgen gegen die von der National Versammlung decretirte Aufhebung Anspruch zu machen.

 §. 19.

§. 19.

19 Kömmt es auf die Wirkung dieser Aufhebung an; so würde zwar wenn solche noch erfolgen sollte, nach geschehener Aufhebung das Closter eine in Frankreich berechtigte geistliche Gesellschaft zu seyn aufhören, und ihre jenseits des Saarflusses gelegenen Güter würden für Güter des französischen Staats gehalten werden. Jedoch der Aufhebung diese Wirkung im teutschen Reiche beyzulegen, und die in demselben liegenden Güter der Abtey auch wegen dieser Aufhebung für herrenlos zu halten, dazu fehlt es an allen Rechtsgründen.

I) Jene, als eine bloß politische Aufhebung kann, ihrer Natur nach, sich so wenig, wie die Staatsgewalt, vermöge welcher sie geschieht, über die Gränzen des Staats verbreiten, und erstrecken,

II) Ist das Closter in allem demjenigen, was unter der Abtretung an die Krone Frankreich nicht begriffen ist, eine von dem teutschen Reiche abhängige Abtey, und unter dem Schutze des teutschen Reichs, der Reichs-Gesetze und Gerichtbarkeit geblieben, und genießt noch immer die Rechte einer zu diesem gehörigen Abtey.

III) Die Rechte derselben als einer geistlichen Congregation hängen nicht allein von dem Aufenthalts-Orte des Convents ab. Ihre ganze Verfassung hat sie aus weltlichen und geistlichen Verleihungen im teutschen Reiche erhalten, sie ist keine auf den Ort ihres Aufenthalts eingeschränkte geistliche Gesellschaft. Ihr bestimmter Aufenthalt macht nur einen Theil ihrer Verfassung aus und sie ist mit ihren Gliedern und Conventualen, die zu gewissen Einrichtungen und Bestimmungen angesetzt sind, in den einzelnen Staaten des teutschen Reichs verbreitet.

IV) Aus jener auswärtigen Staatsaufhebung des Closters, sie mag an und für sich, oder unter der vertragswidrigen Eigenschaft §. 17. 18. betrachtet werden, wird daher mit keiner Beypflichtung der Rechte ein Grund hergeleitet werden können, die Gerechtsame, Besitzungen, Ortschaften und Güter, welche der Abtey im teutschen Reiche zugehören, für herrenloses Gut, oder für bona vacantia zu halten. Dadurch, daß sie nach wirklich erfolgter Aufhebung aufhören würde, eine im französischen Staate berechtigte geistliche Gesellschaft zu seyn, können ihr weder die Rechte einer geistlichen Congregation überhaupt, weil diese von dem Kirchen-Staate abhängen, noch auch die von Frankreich unabhängigen Rechte einer im teutschen Reiche berechtigten geistlichen Gesellschaft entzogen werden. Unter dem ihr besonders versicherten Schutze des Kaisers und Reichs bleibt sie in dem reichsgesetzmässigen Besitze und Genusse der ihr zugehörigen in den Gebieten der Reichsstände gelegenen Güter, zustehenden Rechte und Freyheiten. Sie ist und bleibt rechtlicher Herr und Besitzer derselben, und durch jene von einer auswärtigen Macht herrührende Veränderung kann der Fall nicht eintreten, in welchem Güter herrenlos werden, und wodurch ein Hoheitsrecht zu deren Einziehung als auf bona vacantia sich begründen läßt.

§. 20.

§. 20.

Würde nun gleich durch die auswärtige Verfügung in Frankreich der Convent 20
dieser Abtey seinen bisherigen Aufenthalt zu Wadgassen nicht weiter fortsetzen können: so stehet ihr jedoch, als einer zu ihrer ganzen Verfassung im teutschen Reich berechtigten, in den Gebieten der Reichsstände und besonders in der Grafschaft Nassau-Saarbrücken angesessenen Abtey, aus den Reichsgesetzen kein Grund entgegen, auf den Gebieten der Reichsstände und besonders in der Grafschaft Nassau-Saarbrücken, unter der landesherrlichen Hoheit des Fürsten in Ansehung der ihr zugehörigen Besitzungen und Ortschaften ihren Aufenthalt zu nehmen, und dazu die landesherrliche Bewilligung zu erhalten. Unter dem Schutz und Schirm des Kaisers und des Reichs der ihr zugesagt ist hat sie Grund für sich, darauf einen Anspruch zu machen: und der durch die Reichsgesetze gesicherte Besitz, den sie in den Gebieten teutscher Reichsstände und besonders in der Grafschaft Nassau-Saarbrücken unter der landesherrlichen Hoheit in Ansehung der ihr zugehörigen Besitzungen und Ortschaften hat, würde das Gesuch unterstützen, ihren unmittelbaren Aufenthalt an den eigenthümlichen Ortschaften zu nehmen, in Ansehung welcher sie bisher den Besitz und Genuß durch die ihrigen ausgeübt hat. Dieses würde in dem gesetzten Fall bloß eine Uebereinkunft mit dem Reichsstande erfordern, in dessen Gebiete sie ihren Aufenthalt auf ihren Besitzungen suchen würde. Eine Uebereinkunft, die ihr besonders Nassau-Saarbrücken Urtheils- und Vertragsmäßig nicht versagen kann und nach der bereits für sie eingelegten Verwendung gewiß nicht versagen würde.

§. 21.

Nach den angeführten Gründen läßt sich nun auch beurtheilen, was hierwider 21
in der vorbemerkten Druckschrift behauptet, und besonders darauf gestellet worden ist: „das Closter Wadgassen habe seine einzige und alleinige Existenz in Frankreich gehabt, und wenn es daselbst aufgehoben würde, sey es in Rücksicht der rechtlichen Folgen in der ganzen Welt für aufgehoben, moralisch getödtet, und gestorben zu achten." Denn nie darf der gegründete Unterschied einer kraft der Kirchengewalt, und einer kraft der Staatsgewalt verfügten Aufhebung eines Stifts ausser Augenmerk gesetzt werden: da nicht einmahl eine bloß aus kirchlicher Gewalt erfolgte Aufhebung anders, als wenn sie hoheitlich genehmiget wird, die Kraft der moralischen Tödtung einer geistlichen Gesellschaft in dem Staate zu wirken vermag. Vorjetzt ist vollends nur die Frage von einer Aufhebung vermöge der Staats-Gewalt, die ihrer Eigenschaft nach bloß innerhalb der Gränzen des Staats ihre Kraft gewinnet. Das Closter Wadgassen hat nicht seine alleinige Existenz in Frankreich, wenn gleich der größte Theil des Convents daselbst seinen Aufenthalt hat. Diese Abtey hat auch nach der Abtretung an Frankreich ihre reichsgesetzmässige Verfassung in Teutschland nach wie vor behalten, und kraft des Vertrages vom Jahre 1766 ist sie für eine sowohl in Frankreich, als im teutschen Reich gleichmässig berechtigte Abtey zu halten. Nicht der Ort des Aufenthalts, sondern die in dem Staate erlangte Verfassung eines Stifts macht dessen

mo-

moralische Person aus. Wie könnte wohl die in einem auswärtigen Reich verfügte Staats-Aufhebung die Wirkung gewinnen, ihr die Rechte einer moralischen Person in einem andern Reiche zu entziehen?

22 Hierwider kann auch der Einwand nicht bestehen, als wenn die in Teutschland liegenden Güter bloß als Pertinenzien und Zubehörungen des in Frankreich sich aufhaltenden Closter-Convents anzusehen seyen. Denn die Abtey ist in Teutschland in Ansehung aller zu ihrer Verfassung gehörigen Güter und Gerechtigkeiten eben sowohl eine berechtigte Abtey, wie in Frankreich. In diesem Rechtsverstande hat sie vermöge des vom Kaiser und Reich bewilligten Tauschvertrags vom Jahre 1766 in allem dem, was an Frankreich nicht abgetreten ist, eine vom teutschen Reiche abhängige Abtey nach wie vor bleiben sollen. Ihre in Teutschland liegenden Besitzungen, Ortschaften und Güter können daher unter der Eigenschaft der Zubehörungen eines auswärtigen Stifts nicht betrachtet und dafür eben so wenig angesehen werden, als wenn ein Eigenthümer in verschiedenen Landen mit Gütern angesessen ist, deren keines des andern Pertinenzstück dadurch wird, daß sie einem und demselben Eigenthümer zugehören.

§. 22.

23 Gegen die fortdauernde Existenz der Abtey in Teutschland werden in dem Falle des zu verlegenden Aufenthalts des Convents auf ihre eignen Besitzungen, noch diese Einwendungen in der eben angezogenen Druckschrift angebracht: "Wenn ein Reichsstand dem Closter in seinem Gebiete sich niederzulassen gestatten sollte, so würde dieses als ein neues Leben anzusehen seyn, welches ihm ein Reichsstand in seinem Gebiete gebe, und als ein neues Closter würde es sodann auf teutsche Güter des aufgehobenen Französischen keinen Anspruch machen können: selbst Kaiser und Reich würden ihm dieses neue Leben mit der Wirkung nicht geben können, daß es seine in Teutschland gelegenen und als herrenlos dem Landesherrn angefallenen Güter zurückfordern könnte: dieses könnte auch andern Reichsständen in Ansehung der in ihren Gebieten liegenden und der Einziehung unterworfenen Güter, nicht nachtheilig seyn, und würde in das ius reformandi einschlagen."

§. 23.

24 Bey diesen angeführten Folgen wird ein den Gesetzen des teutschen Reichs nicht angemessener Satz zum Grunde gelegt: als wenn nemlich die in Frankreich zu vollstreckende Aufhebung von der Wirkung wäre, dem Closter das Leben und die Fortdauer im teutschen Reiche zu nehmen. Dieses Leben besteht in dem Genusse der Gerechtsame, welche die in Teutschland berechtigte Abtey vermöge ihrer Verfassung in den Gebieten der Reichsstände unter dem Schutze des Kaisers und des Reichs erhalten hat: und dieses kann von der politischen Verfügung eines auswärtigen Staats nicht abhängen. Der neue Aufenthalt des Abts und des Convents in dem Gebiete eines Reichsstandes würde der Abtey kein neues Leben geben, weil sie überall noch nicht in dem Falle des Verlustes seines Lebens im teutschen Reiche gestanden; er würde nur den Fortgenuß

nuß der Gerechtigkeiten, Besitzungen und Güter betreffen, zu welchem sie in Teutschland berechtiget ist. Würden Kaiser und Reich ihr den gesetzlichen Schutz zu ihrer fortzusetzenden Verfassung angedeihen lassen; so wäre dieses nur eine Wirkung der kaiserlichen reichsoberherrlichen Aufsicht, unter welcher auch mittelbare Glieder des Reichs stehen, vorzüglich wenn ihnen der besondere Schutz des Kaisers und Reichs versichert ist. Hiebey kömmt kein neues Leben des Stifts in Frage, sondern nur die Aufrechterhaltung eines teutschen Stifts in seiner in den Gebieten verschiedener teutscher Reichsstände reichsgesetzlich gegründeten Verfassung. Hat die Abtey die Rechte einer moralischen Person und eines teutschen Stifts eben sowohl nach dem Jahre 1766 als vor demselben, an ihren in den Gebieten der Reichsstände habenden Gütern und Besitzungen genossen; so kann alsdann, wenn sie bloß aufhöret, ein französisches Stift zu seyn, der Fall nicht eintreten, wo ihre Besitzungen und Güter in den Gebieten der Reichsstände herrenlos würden, weil sie immer als ein teutsches Stift ihr Daseyn behält. Sollte sie also in den Fall kommen, auf ihren Besitzungen in dem Gebiete eines Reichsstandes ihren anderweiten Aufenthalt zu nehmen; so ist solches mit einigem Nachtheile eines andern Reichsstandes überall nicht, und eben so wenig verbunden, als solches im Jahre 1766 der Fall gewesen, wo ihr Aufenthalts-Ort unter französische Botmässigkeit gekommen ist. Der vermeintliche Nachtheil, welcher auf das dadurch beschränkte Einziehungsrecht herrenloser Güter gestellt wird, bleibt eben sowohl, wie dieses Einziehungsrecht selbst unanwendbar, da die von einer auswärtigen Staats-Gewalt verfügte Aufhebung in Teutschland nichts wirken, noch die reichsgesetzliche Verfassung der Abtey und den selbst durch das Entscheidungsjahr befestigten Besitz und Genuß ihrer Gerechtigkeiten, Besitzungen und Ortschaften in den Gebieten der Reichsstände verändern kann. Hierwider läßt sich von dem iure reformandi nicht einmahl eine Anwendung machen.

§. 24.

Keine Gründe können stärker seyn, als welche für die Abtey Wadgassen aus der reichsgesetzlichen Verfassung, die sie in dem teutschen Reiche und in den Gebieten mehrer Reichsstände erhalten hat, sodann aus dem doppelten Verhältnisse, worin sie unter kaiserlicher und des Reichs Bewilligung und Genehmigung bey dem Uebergange mit ihren jenseits des Saarflusses liegenden Gütern unter die Krone Frankreich gekommen, und worin sie hinwiederum in Ansehung alles desjenigen, was zu ihrer Verfassung an Gerechtigkeiten, Freyheiten, Besitzungen und Ortschaften in den Gebieten des teutschen Reichs befindlich ist, nach wie vor verblieben, und aus der Art und Eigenschaft der bloß auf Staatsursachen beruhenden und die Grenzen des französischen Reichs nicht überschreitenden politischen Aufhebung, sowohl nach dem allgemeinen Staatsrechte, als nach gemeinen Reichsgesetzen eintreten.

Nach diesem ist nach meinem rechtlichen Dafürhalten mit Rechtsbestande zu behaupten:

1) Daß, wenn die Abtey Wadgassen mit ihren jenseits des Saarflusses liegenden Gütern von der französischen National-Versammlung aufgehoben werden sollte,

sollte, dennoch alsdann ihre im teutschen Reiche gelegenen übrigen Besitzungen mit keinem Rechtsbestande für herrenlos oder für bona vacantia zu halten, vielmehr

2) Ihr, als einer auch nach der Abtretung an Frankreich, in Ansehung ihrer übrigen Verfassung, nach wie vor von dem teutschen Reich abhängigen und unter der landesherrlichen Gerichtbarkeit des Hauses Nassau verbliebenen Abtey, in solchem Falle frey stehe, sich wieder in Teutschland, unter einer mit einem Reichsstande deshalb zu treffenden Uebereinkunft, überzupflanzen; sie auch zu dem Fortgenusse der ihr zugehörigen Besitzungen in Teutschland berechtiget verbleibe, ohne daß den Reichsständen, in deren Gebieten sie liegen, ein Recht, selbige als herrenlose Güter einzuziehen, erwachsen sey. 1792.

Num. 171.

Num. 171.

RESPONSVM.

THEMATA GENERALIA.

I. Error circa substantialia matrimonium nullum reddit.

II. De praesumtione pro legitimitate partus in matrimonio nati certante, probationem contrarii admittente.

Argvmenta specialia.

Species facti. n. 1.

Quaestio prima. n. 2.

Rationes dubitandi.

Ob errorem circa qualitates personae matrimonium consummatum pro nullo declarari nequit. n. 3.

Confessio delinquentis intuitu tertii non probat. n. 4.

Septimo mense post initum matrimonium natus pro legitimo habetur vsquedum contrarium plenissime probatum sit. n. 5.

Adulterium a muliere commissum et professio matris filium esse spurium ei non praeiudicat. n. 6.

Rationes decidendi.

Error circa qualitates essentiales personarum, qualis est si puella pro incorrupta habita corrupta inuenitur, matrimonium nullum reddit. n. 7. 9.

Corrupta quae tamquam incorruptam se gerit, dolum causam matrimonio dantem committit. n. 8.

Iuris canonici sanctiones quae ex doctrina catholicorum, matrimonium esse sacramentum promanant, inter protestantes vsum non habent. n. 10.

Testimonium delinquentis per confessionem rei confirmatum vim habet. n. 11.

Septimo mense natus pro legitimo quidem habetur at probatio contrarii admittitur. n. 12. 15.

Qualis est ea si probari potest tempore initi matrimonii sponsam iam grauidam fuisse. n. 13.

Momenta ex quibus in casu proposito id probari possit exponuntur. n. 14.

Plura momenta collecta probant quae singula non sufficiunt. n. 16.

Praesumtio pro partu in matrimonio nato non nimis extendenda est. n. 17.

Agnitio filii ex errore facta non nocet. n. 18.

Quaestionis decisio. n. 19.

Quaestio secunda. n. 20.

Ratio dubitandi.

Si matrimonium nullum est vxor in foro mariti cui ex propria persona subiecta non est conueniri nequit. n. 21.

Rationes decidendi.

Vxor per copulationem sacerdotalem subiicitur foro mariti. n. 22.

Nullitas matrimonii priusquam in iudicio declarata est, effectum non habet. n. 23.

Per absentiam vxoris forum mariti non amittitur. n. 24.

Quaestionis secundae decisio. n. 25.

Quaestio tertia. n. 26.

Ratio dubitandi.

Liberis quibus pater quaestionem de statu movet curator constituendus est. n. 27.

Rationes decidendi.

Matri tutela naturalium liberorum competit. n. 28.

Idque locum habet si pater paternitatem negat. n. 29.

Mater quae tutelam suscipere non vult, tutorem petere debet. n. 30.

Mater tutrix confirmanda est. n. 31.

Quaestionis decisio. n. 32.

Rechtsgutachten.

1 Hat der Herr von F. am 13ten März 1781 sich mit der ältesten Tochter des Hauptmanns P. zu R. verlobt und die Ehe mit derselben den 8ten May vollzogen.

Schon den 10ten desselben Monats ist demselben hinterbracht worden, daß sich bey seiner Frau Zeichen der Schwangerschaft besonders durch Erbrechungen geäussert hätten, und ist selbige dann auch bereits den 11ten Jan. 1782, mithin im 8ten Monate nach der Verheirathung, von einem Sohne entbunden worden; und bezeugt ein Attestat des Arztes, daß das neugebohrne Kind ein vollständig gliedmäßiges und völlig neun Monate im Mutterleibe getragenes und zu rechter Zeit gebohrnes Kind gewesen sey. Da man indessen dem Herrn von F. die wahre Beschaffenheit zu verhehlen und denselben über den aus der frühern Entbindung entspringenden Verdacht zu beruhigen gesucht: so hat derselbe es geschehen lassen, daß das Kind als sein eignes Kind getauft und betrachtet worden.

Nachdem jedoch hierauf verschiedene an die Frau von F. gerichtete Briefe des Bedienten S., welcher vor ihrer Verheirathung bey dem Amtmanne R. im Dienste gestanden, dem Herrn von F. in die Hände gefallen, und demselben noch mehrere Nachrichten von dem verdächtigen Umgange welchen die Frau von F. in ihrem unverehelichten Stande mit gedachtem Bedienten getrieben hat, zur Wissenschaft gekommen sind: hat derselbe seiner Frau solches alles ruhig vorgehalten und darauf sich von ihr getrennt, und ist dieselbe den 7ten Sept. 1782 nach R. zu ihrem Vater, dem Hauptmann P. abgereiset;

Hat ferner derselbe darauf den gedachten Bedienten S. vor hochfürstlicher Regierung zu D.... summarisch, jedoch eidlich vernehmen, nicht weniger eine ehemalige Dienstmagd des Hauptmanns P. als Zeugin abhören lassen, daneben auch ein von seiner Ehefrau an gedachtem S. unterm 17ten Jul. 1781 erlassenes Schreiben zu Händen bekommen, woraus deren mit gedachtem Bedienten und mit andern in ihrem unverehelichten Stande getriebener unerlaubter Umgang deutlich erhellet;

Ist bey solchen Umständen der Herr von F. auf die Nichtigkeit der Ehe zu klagen, und die Aechtheit des Kindes anzufechten gesonnen, und erwachsen hiebey folgende Fragen:

Erste Frage:

2 Ob bey vorkommenden Umständen der Herr von F. den Rechten nach hoffen könne, daß die zwischen ihm und der Demoiselle P. am 8ten May geschlossene

ne Ehe als null und nichtig aufgehoben und das darin von der Frau von F. am 11ten Jan. 1782 gebohrne Kind für ein unehelichen von ihm in der Ehe nicht erzeugtes Kind erklärt, mithin er von dessen Unterhaltung und Erziehung befreyet werden werde?

Ob nun wohl A) der von der Frau von F. in ihrem unverehelichten Stande mit dem Bedienten S. geführte unerlaubte Umgang für eine hinlängliche Ursache, auf die Nichtigkeit der Ehe zu klagen deshalb nicht gehalten werden möchte, 3

weil 1) die Ehe unter beyden Theilen mittelst priesterlicher Trauung und ehelichen Beyschlafs vollzogen worden, und der Irrthum, der in Ansehung der jungfräulichen Ehre der Ehegattin begangen wird, keinen Irrthum in der Person, sondern nur in der Eigenschaft der Person enthält, aus welchem eine vollzogene Ehe nach canonischen Rechten für nichtig nicht gehalten, noch deren Aufhebung verstattet wird, qui enim duxit vxorem corruptam, quam putauit esse castam vel virginem, eam non potest dimittere,

c. vn. C. 29. qu. 1.
C. 25. X. de iureiur.

diese Verordnung auch einige protestantische Rechtslehrer schlechterdings zum Grunde legen,

Henr. Brouwerus de iure connub. lib. 1. c. 18. n. 27. p. 170.

andere aber solche doch in so weit annehmen, daß deshalb auf eine Absonderung von Tisch und Bette erkannt werden könne;

Brunnemann in iure eccles. lib. 2. tit. 17. §. 25.

Daneben auch 2) bey dem deshalb zu führenden Beweise der Zweifel gemacht werden dürfte, daß eines Theils das Geständniß des Bedienten S. von der von ihm begangenen unerlaubten Handlung gegen einen Dritten an und für sich nichts beweise, 4

C. 1. X. de confess.
Leyser spec. 142. m. 7.

andern Theils das in dem Briefe der Frau von F. an gedachten Bedienten enthaltene Geständniß auch auf erfolgte Recognition desselben nur als ein aussergerichtliches Geständniß zu betrachten ist,

Allenfalls B) wenn auch die Ehe wieder aufgehoben werden könnte, solches dennoch dem während solcher Ehe gebohrnen Kinde für unnachtheilig und dasselbe für ein eheliches Kind zu halten seyn möchte, 5

indem 1) dasselbe im 8ten Monate nach vollzogener Ehe zur Welt gekommen ist, und daraus die rechtliche Vermuthung einer ehelichen Geburt für sich hat, indem die Geburt eines Kindes im siebenten Monate

L. 12. D. de statu homin.

oder nach der genauen Bestimmung der

L. 3. §. vlt. D. de suis et legit. hered.

an dem 182ten Tage nach geschlossener Ehe dazu hinlänglich ist, um für ein eheliches Kind dessen gehalten zu werden, mit welchem die Mutter in einer gültigen Ehe steht,

Gleichwohl 2) diese strenge gesetzliche Vermuthung von der Wirkung ist, daß das im 8ten Monate nach der vollzogenen Ehe gebohrne Kind so lange für ehelich zu halten ist, bis der Beweis des Gegentheils auf das vollständigste geführet worden,

L. 6. D. de his qui sui vel alieni iur. sunt.

6 Hiezu aber 3) weder des Bedienten S. abgegebenes Geständniß des mit der Frau von F. vor ihrer Verehelichung vollzogenen Beyschlafes, noch auch der Frau von F. eignes Geständniß und die von ihr gefaßte Meinung, daß sie von ihm schwanger geworden, zureicht, immaßen die Rechte verordnen, quod non vtique crimen adulterii quod mulieri obiicitur, infanti praeiudicet; cum possit et illa adultera esse, et infans maritum patrem habuisse,

L. 11. §. 9. D. ad L. Iul. de adult.

cum nequidem mulier, quae ipsa filium, enixa, eundem spurium esse in actis professa est, filio obesse possit,

L. 29. §. 1. D. de probat.

dieserhalb auch bey jedem über die eheliche Geburt eines unschuldigen Kindes eintretenden Zweifel mehr für als gegen dieselbe erkannt werden muß;

Lauterbach in coll. theor. pr. lib. 1. tit. 6. §. 9.
Voetius ad Pand. eod. tit. §. 8.

7 Dennoch aber und dieweil A) in dem gegenwärtigen Falle der Herr von F. einen rechtlichen Grund für sich hat, die Aufhebung der mit der Demoiselle P. eingegangenen Ehe zu suchen, indem diese als eine unbescholtene Person sich ihm dargestellt hat, da sie doch durch einen mit verschiedenen Personen getriebenen ausschweifenden Umgang befleckt und geschwängert gewesen ist, sie auch überdem die mit dem Bedienten S. getriebene Unzucht nach dem am 13ten März mit dem Herrn von F. geschlossenen Verlöbnisse bis kurz vor der geschlossenen Ehe fortgesetzt hat,

wohlerwogen 1) ein die wesentliche Eigenschaft einer ehrbaren Ehe betreffender Irrthum darin liegt, wenn eine Person für unbescholten gehalten worden, welche durch Unzucht befleckt, oder gar geschwängert gewesen ist, indem ein solcher Irrthum auf die gegebene Einwilligung, mithin auf das Wesentliche der Ehe, und auf die Ehe selbst einen sehr erheblichen Einfluß hat, weil mit Grund anzunehmen ist daß bey einer bessern Wissenschaft die Ehe nicht zu Stande gekommen seyn würde, nihil enim adeo contrarium consensui est, quam error,

L. 15. D. de iurisd.
L. 57. D. de oblig. et action.

Ein

Ein solcher Irrthum aber 2) einen erheblichen Grund der Nichtigkeit der geschlossenen Ehe unstreitig abgibt, weil eines Theils der Irrthum worin derjenige sich befindet welcher unwissend eine unfreye Person heyrathet, für ein hinreichender Nichtigkeits-Grund erkannt ist; 8

C. 4. X. de coniug. seruor.

andern Theils aber dies auch daraus folgt weil dabey von der Person die sich als eine unbescholtene Person gerirt und dadurch den andern Theil zur Schliessung der Ehe, die er unter gehabter Kenntniß des verhehlten unzüchtigen Wandels nicht eingegangen haben würde, verleitet hat, ein dolus causam dans matrimonio begangen wird,

C. 26. X. de sponsalib.

Dieser dolus auch 3) sich um so deutlicher offenbaret, da die Frau von F. den unzüchtigen Umgang mit dem benannten Bedienten auch noch nach dem am 13ten März geschlossenen Verlöbnisse mithin unter Verletzung der versprochenen und schuldigen Treue dergestalt fortgesetzt hat, daß sie in der Charfreytags-Nacht des vorigen Jahres von demselben geschwängert worden zu seyn bekannt, und aus dieser vorsätzlich verletzten Pflicht einen Grund, die Beschleunigung der Vollziehung der Ehe zu suchen, mithin ihren Bräutigam auf eine empfindliche Weise zu hintergehen, hergenommen hat,

Und dann 4) ein, besonders durch den dolum des andern Theils verursachter Irrthum eine causam antecedentem nullitatis matrimonii enthält, weshalb nach den in den evangelischen geistlichen Gerichten angenommenen Grundsätzen auf die Nichtigkeit und Aufhebung der Ehe geklagt werden kann, wie 9

Carpzov in iurispr. eccles. lib. 2. def. 193.
Idem in praxi rer. crim. P. 2. qu. 63. n. 47. et sqq.
Hier. Bruckner in decis. matrim. c. 20. n. 3.

ausführlich dargethan, und letzterer unter Beystimmung vieler protestantischen Gottes- und Rechtsgelehrten und durch beygefügte gerichtliche Erkenntnisse erläutert hat,

solchem auch 5) die oben angeführte Verordnung des canonischen Rechts nicht entgegengesetzt werden mag, weil selbige auf dem der römisch-catholischen Kirche eignem Satze, daß eine vollzogene Ehe als ein Sacrament zu betrachten sey, welcher von den Protestanten nicht hat angenommen werden können, beruhet, vielmehr in Erwägung zu nehmen ist, daß eine solche Ehe wegen des dabey verborgen gebliebenen Irrthumes zum Rechtebestande zu gelangen nicht vermocht hat, weil solcher einen errorem in personam redundantem, welcher die wirkliche Einwilligung ausschließt, in sich hält, und daher auch der Herr von F. sobald als er den Irrthum worin er gestanden gemerkt hat, seine Abneigung gegen eine so geartete Ehe zu erkennen gegeben, und von der bisherigen vermeintlichen Ehegattin sich sofort abgesondert hat, übrigens die Privat-Meinungen einiger Rechtslehrer, unter welchen selbst 10

Brouwerus l. c. p. 169.

die

die Richtigkeit einer solchen Ehe nach dem strengen Rechte für gemäß anerkennt, und nur aus vermeintlichen Gründen der Billigkeit auf die gegenseitige Meinung sich neigt, hiebey nicht in Betracht kommen mögen;

11 Und so viel 6) den Beweis des obwaltenden Irrthums betrifft, das eidliche Angeben des Bedienten S. von der mit der verehelichten von F. in ihrem unverehelichten Stande getriebenen Unzucht durch derselben eignes in dem Schreiben vom 16ten Jul. 1782 enthaltenes Geständniß dergestalt unterstützet wird, daß dabey nicht mehr die Frage von einem gegen einen Dritten abgegebenen Geständnisse vorwaltet, sondern die getriebene Unzucht auf beyder Theile Eingeständniß, und dabey überdem auf der Zeugin O. umständlichen Aussage beruhet;

12 Demnächst B) das im 8ten Monathe nach geschlossener Ehe gebohrne Kind zwar die rechtliche Vermuthung einer ehelichen Geburt für sich hat, jedoch dabey 1) der Beweis des Gegentheils statt findet,

L. 6. D. de his qui sui vel al. iur. sunt.

und deshalb in den Rechten ausdrücklich geordnet ist, veritati locum superfore;

L. 29. in f. D. de probat.

13 solches aber 2) auf einem im Wege Rechtes zu führenden ordentlichen Beweise beruhet, bey welchem es hauptsächlich darauf ankommt ob es erweislich zu machen steht, daß die Frau von F. zur Zeit der am 8ten May 1781 geschlossenen Ehe bereits schwanger gewesen sey, und dazu schon in den Anlagen erhebliche Gründe enthalten sind;

14 Immaßen 3) die Frau von F. in dem Schreiben vom 17ten Jul. 1782 die Charfreytags-Nacht vor der Ehe a) als die Zeit, da sie von dem Bedienten S. schwanger geworden ist, selbst angegeben, sie auch diesen Tag in ihrem Calender nach Aussage der Zeugin O. als einen merkwürdigen Tag bezeichnet hat, und wenn gleich der Bediente S. in der summarischen Aussage dessen, daß der Beyschlaf noch in den Ostertagen von ihm verübt sey, mit Gewißheit sich nicht zu erinnern gewußt, dennoch er solchem nicht widersprochen und den häufig mit ihr begangenen Beyschlaf eingestanden, und die Zeugin O. daß beyde die fast alle Nacht begangene fleischliche Vermischung ohne Rückhaltung ihr eingestanden haben, bezeugt hat,

insbesondere b) gedachte Zeugin daß sie in der Charfreytags-Nacht den Bedienten S. zu der damaligen Demoiselle P. auf deren Verlangen bestellen müssen, daß er ferner in gedachter Nacht wirklich bey ihr gewesen, daß an dem darauf folgenden Morgen die Demoiselle P. ihr eröffnet habe, es sey in dieser Nacht mit ihr gewiß und sie schwanger geworden, und deshalb die Hochzeit mit dem Herrn von F. geschwind, oder gar nicht vor sich gehen müsse ausgesagt hat,

darneben c) von dieser Zeit an die sichersten Zeichen der wirklichen Schwangerschaft bey der Demoiselle P. durch ein bey ihr sich ereignetes Erbrechen und durch das Ausbleiben ihrer Periode nach Aussage der gedachten Zeugin sich hervorgethan haben, wie

wie solches durch ein im Wege Rechtes zu suchendes Verhör der von der abgehörten Zeugin benannten Personen die um alles dies noch genauere Wissenschaft haben sollen noch mehr beygebracht werden mag;

Ferner 4) nicht ausser Acht zu lassen daß dieser Beweis, durch die euidentiam facti unterstützt wird, indem das im 8ten Monathe nach eingegangener Ehe gebohrne vollständige Kind nach dem auf Gründen der Arzney-Wissenschaft beruhenden und auf Erfordern des Gerichts an Eides statt ausgestellten Atteſtate des Doctors K. für ein völlig neun Monathe im Mutterleibe getragenes Kind gehalten worden, folglich dasselbe einen Monath vor der am 8ten May eingegangenen Ehe empfangen seyn muß, welches gerade mit dem von der Frau von F. selbst angegebenen Charfreytag, als dem 13ten April zusammentrift, 14

Demnächst 5) die beyden angeführten Umstände zu dem zu erweisenden Hauptpuncte, daß das gedachte Kind nicht in der Ehe erzeugt sey, für zulänglich zu halten, da dieser Beweis nicht bloß aus dem in 15

L. 6. D. de his qui sui vel alieni iuris sunt,

bloß zum Beyspiele angeführten Unvermögen oder einer Krankheit eines Ehemannes, sondern auch, wie hinzugefügt wird, ex alia causa geführt werden kann, ad impugnandam enim legitimam natiuitatem infantis admittuntur et alia argumenta pro arbitrio prudentis iudicis, etiam indicia et coniecturae.

Leyser spec. 322. m. 1. et 2. in f.

Diesem auch 6) nicht entgegensteht, daß aus einem von der Mutter eines Kindes eingestandenen Ehebruche die Folge auf die uneheliche Geburt des von ihr gebohrnen Kindes nicht gezogen werden kann, weil in den dies enthaltenden gesetzlichen Verordnungen nur allein die Schwäche eines solchen Beweises, und daß daraus nicht immer die Unehelichkeit der Geburt folge, bemerklich gemacht ist, hingegen in dem gegenwärtigen Falle, das Geständniß der Frau von F. von der mit dem Bedienten S. vor ihrer Ehe getriebenen Unzucht, sodann die von ihr bemerkte Zeit des Empfängnisses des Kindes, und die darauf wirklich erfolgten Kennzeichen der Schwangerschaft, endlich die Beschaffenheit eines völlig ausgetragenen 9 Monath alten Kindes, vollkommen zusammentreffen und zusammengenommen einen bündigen Beweis der vor der Ehe erfolgten Erzeugung des Kindes enthalten; 16

Hiebey auch 7) wenn solcher Beweis im Wege des Rechts gegen das Kind geführt wird, der Fall von demjenigen was in zweifelhaften Fällen als wahr anzunehmen ist, nicht eintreten, und deshalb mit Grunde angenommen werden kann, praesumtionem pro partu in matrimonio nato non esse nimis extendendam; 17

Leyser spec. 322. m. 3.

Endlich 8) dem Kinde weder die von dem Herrn von F. geleistete Anerkennung, weil solche aus einem Irrthume geschehen, noch auch das 18

C. 14. X. qui filii sint legitimi.

zu statten kommt, weil es zwar während der auf gutem Glauben des Herrn von F. noch stehenden Ehe, jedoch nicht aus solcher Ehe, und nach Vorschrift des

L. 6. D. de his qui sui vel al. iur.

nicht ex eodem patre erzeuget worden ist;

Als sind wir der rechtlichen Meinung:

19 daß vorkommenden Umständen nach der Herr von F. die rechtliche Hoffnung für sich habe, daß auf den im Wege des Rechts zu führenden und auseinander gesetzten Beweis die zwischen ihm und der Demoiselle P. am 8ten May 1781 geschlossene Ehe als null und nichtig werde aufgehoben, und auch das während selbiger von der Frau von F. am 11ten Jan. gebohrne Kind als ein von ihm in der Ehe nicht erzeugtes Kind werde erkläret, und solchem zu Folge er von dessen Unterhaltung und Erziehung werde befreyet werden.

Zweyte Frage.

20 Ob, da sich die Frau von F. nicht mehr im Wohnorte ihres Mannes, sondern bey ihrem Vater im Chursächsischen aufhält, das hochfürstlich D—ische Consistorium, als worunter der Herr von F. für seine Person stehet, sich eine competentiam fori in dieser Sache anmaßen könne, oder ob die Klage vor einem Chursächsischen Consistorio anzustellen sey?

21 Ob nun zwar es einigen Anschein haben dürfte, daß die Klage vor einem Chursächsischen Consistorio anzustellen sey,

indem 1) die Frau von F. mit Einwilligung ihres Mannes sich zu ihrem Vater nach Chursachsen gewandt, und dadurch dem foro originis sich wieder unterworfen haben dürfte,

und 2) die Rechtsregel, daß eine Ehegattin sonst das forum ihres Ehemannes erhalte, in dem gegenwärtigen Falle deshalb seine Anwendung verlieren dürfte, weil der Herr von F. die Klage auf die Nichtigkeits-Erklärung der geschlossenen Ehe zu richten sucht, gleichwohl eine nichtige Ehe ohne rechtliche Wirkung ist, und daher zur Begründung des fori auf Seiten der Ehefrau nicht hinlänglich zu halten seyn dürfte, weil dazu ein legitimum matrimonium erfordert wird,

L. 37. §. vlt. D. ad municipalem.

22 Dennoch aber und dieweil 1) die Frau von F. durch die mit dem Herrn von F. mittelst priesterlicher Trauung am 8ten May geschlossene Ehe dem hochfürstlich D—ischen Consistorio, unter welchem derselbe stehet, unterworfen ist, cum vxor per conditionem matrimonii forum mariti sequatur;

L. 65. D. de iud.
L. 38. §. 4. D. ad municipal.

23 dem Bestande dieses fori auch 2) der Umstand, daß auf die Nichtigkeit der Ehe geklagt wird, deshalb nicht entgegensteht, weil bey dem Gerichtsstande einer Ehefrau nur

nur darauf, ob die Ehe mittelst priesterlicher Trauung geschlossen worden, gesehen wird,

Carpzov. in Proc. iur. tit. 3. art. 2. n. 52.
Lauterbach de domicilio §. 20.

hingegen die Nichtigkeit der Ehe in Ansehung dessen daß selbige im Wege Rechtes erst ausgeführt werden soll, dabey nicht zum voraus gesetzt werden kann;

und daher 3) der Umstand, daß die Frau von F. zu ihrem Vater sich gewandt, dabey nicht in Betracht kommen mag, weil das forum vxoris ein forum necessarium ist; 24

Als halten wir den Rechten nach dafür:

daß das hochfürstlich D—ische Consistorium worunter der Herr von F. für seine Person stehet, bey der von ihm gegen seine Ehefrau anzustellenden Klage das forum competens sey. 25

Dritte Frage.

Ob bey der actione filiationis negatiua die Mutter pro legitimo contradictore zu achten, oder ob zur Rechtsbeständigkeit des Processes dem Kinde ein besonderer Vormund oder Curator zu bestellen sey? 26

Wiewohl in dem gegenwärtigen Falle der besondere Umstand eintritt, daß gegen das Kind, welches von dem Herrn von F. bey der Taufe für das seinige anerkannt worden, und welches während des Rechtsstreits die Vermuthung der ehelichen Geburt für sich hat, die actio de filiatione angestellt werden soll, und sonst so lange die väterlichen Rechte bestehen, die mütterliche Vormundschaft nicht statthaft ist, deswegen daß dem Kinde zu solchem Rechtsstreite ein besonderer Curator zu bestellen sey, erforderlich scheinen möchte, 27

Dieweil aber gleichwohl 1) eine Mutter zu der Vormundschaft über ihre natürlichen Kinder auf gleiche Weise wie zu der Vormundschaft über ihre ehelichen Kinder berechtiget ist, 28

Nov. 89. c. 14.

auch 2) der Fall, wenn ein Vater die eheliche Geburt und die Paternität eines während der Ehe gebohrnen Kindes durch eine Klage bestreitet, demjenigen gleich ist, wo ein Kind keinen Vater hat, mithin weil die väterlichen Rechte dabey nicht in Anwendung kommen mögen, die mütterliche Befugniß zur Vormundschaft eintritt; 29

wenn aber 3) die Mutter der Vormundschaft sich nicht unterziehet, sie für ihr Kind, es sey ein eheliches oder natürliches Kind, einen Vormund zu erbitten verbunden ist; 30

L. vlt. C. qui tutor. petant.

Immittelst 4) der Herr von F. sowohl wegen der noch vorwaltenden Vermuthung für die eheliche Geburt des Kindes als auch zum Rechtsbestande der Klage auf die

rechtmässige Bestellung der Vormundschaft Sorge zu nehmen hat, und da jede Vormundschaft nach gemeinen Reichs-Rechten obrigkeitlich bestätiget werden soll, auf die Bestätigung der Mutter des Kindes, wenn sie sich dazu erkläret, zu dringen berechtiget ist;

Als erhellet hieraus:

daß bey der actione filiationis negatiua die Mutter des Kindes, wenn sie zur Uebernahme der Vormundschaft desselben sich erkläret, und dazu obrigkeitlich bestätigt wird, hinlänglich für legitimirt zu halten, wenn sie aber die Vormundschaft nicht übernehmen will, dem Kinde ein von ihr benannter oder sonst zu benennender Curator ad hanc litem zu bestellen sey. 1783.

Num. 172.

Num. 172.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

Quando testamentum posterius, prius rumpat.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Species facti. n. 1.
Quaestio proposita. n. 2.

Rationes dubitandi.

Codicillis hereditas nec dari nec adimi potest. n. 3.
Testamentum posterius perfectum rumpit prius. n. 4.
Nec declaratione testatoris de mutando testamento opus est. n. 5.
Ex testamento rupto nihil peti potest. n. 6.

Rationes decidendi.

Testamentum militare posterius prius non aliter rumpit ac si de testatoris voluntate constat. n. 7. 12.
Testamentum canonicum indolem testamenti militaris habet. n. 8.
Testamentum posterius in quo idem heres institutus est ac in priore non rumpit prius. n. 9.
Legata itaque ex vtroque testamento debentur. n. 10.
Imprimis si in testamento priore codicilli postea conficiendi confirmati sunt. n. 11.
Vtrumque testamentum vales si testator id voluerit. n. 12.
Decisio. n. 13.

Rechtsgutachten.

Hat Titius, Domherr zu Mainz und Bamberg zu Mainz am 20. May 1770 ein Testament errichtet, und darin seinen Bruder, den Graf Cajus, zum Universal-Erben eingesetzt, darneben verschiedene Vermächtnisse geordnet.

Hat ferner derselbe, nachdem er darauf nach Bamberg gereiset, daselbst den 22ten Jul. 1770 ein zweytes Testament errichtet, und auch darin den Graf Cajus zum Erben eingesetzt, und noch einige andere Vermächtnisse gemacht;

In beyden letzten Willensverordnungen hat der Testirer nach dem ihm als einem Geistlichen zustehenden Privilegium testiret, und aus diesem Grunde ist zu der äusserlichen Gültigkeit dieser letzten Willensverordnungen weiter nichts als seine Unterschrift nöthig gewesen;

Nach seinem Absterben hat der eingesetzte Erbe die Erbschaft nach Maasgebung des jüngsten Testaments angetreten, und erwächst hiebey die

Frage:

2 Ob durch des Titius jüngeres Testament dessen älteres Testament rumpirt worden, und daher die in dem jüngsten Testamente nicht bestätigten Vermächtnisse ipso facto für aufgehoben zu achten: oder aber, ob der Erbe solchem ungeachtet diese Vermächtnisse zu bezahlen schuldig sey?

3 Ob nun wohl das ältere zu Mainz errichtete Testament durch das jüngere zu Bamberg errichtete Testament für aufgehoben und rumpirt deshalb zu halten seyn dürfte,

weil 1) das jüngere in Ansehung dessen, daß der Graf Cajus darin zum Erben eingesetzt worden, die Eigenschaft eines wirklichen Testaments für sich hat, und unter der Eigenschaft eines Codicills nicht betrachtet werden kann, da die Erbeseinsetzung das wesentliche Kennzeichen eines Testaments enthält, wodurch sich dieses von einem Codicille unterscheidet, cum hereditas nec dari nec adimi possit in codicillo;

L. 2. C. de codicillis.
§. 2. I. de codic.

4 woraus 2) die rechtliche Folge sich ergeben möchte, daß, weil das zu Mainz aufgesetzte Testament einige Monathe eher gemacht ist, dasselbe durch das zu Bamberg errichtete und durch die Erbeseinsetzung zur rechtlichen Vollkommenheit gediehene Testament für aufgehoben und rumpirt zu halten;

L. 16. D. de iniusto, irrito et rupto testam.
§. 2. I. quib. mod. test. infirm.

5 indem 3) dazu eine ausdrückliche Erklärung des Erblassers, daß er sein ersteres Testament habe aufheben wollen, den Rechten nach nicht erforderlich ist, si enim perfecta est testamenti secundi confectio, ipso iure prius tollitur testamentum;

L. 27. C. de testament.

6 dadurch aber 4) das ältere Testament auch in Ansehung aller darin geordneten Vermächtnisse die rechtliche Kraft verlieret, cum explorati iuris sit, ex testamento rupto nihil deberi, nec peti posse,

L. 1. C. de posthum. hered. instituend.
Stryk de successione ab intestato diss. 9. §. 35.

Solchemnach, daß der eingesetzte Erbe die in dem ersten Testamente geordneten Vermächtnisse zu leisten nicht gehalten sey, es einen nicht geringen Anschein gewinnet;

7 Dennoch aber und dieweil 1) in dem gegenwärtigen Falle insbesondere in rechtliche Erwägung zu nehmen ist, daß der Erblasser Titius beyde Testamente nach dem hergebrachten Vorrechte eines Domherrn aufgerichtet, nach welchem zu deren Rechtsbestande ein mehreres nicht als eine durch Unterschrift beglaubte letzte Willensverordnung erfordert wird, und welche in sola voluntate sufficienter declarata dergestalt beruhet, daß sie auch den Testamentarien oder manufidelibus anvertrauet werden kann;

Fr.

Fr. Ant. Dürr de manufidelibus cap. 3. §. 4. et 7. in *Schmidt* thesauro iur. eccles. Tom. VI. p. 352.

Bey solchen Testamenten aber 2) welche bloß auf der erklärten Willensmeinung des Erblassers beruhen, es lediglich eine quaestio voluntatis ist, ob ein Erblasser der mehrere Testamente errichtet hat das ältere durch das jüngere aufzuheben die Absicht gehabt habe, immaßen darauf bey mehreren Testamenten welche kraft des priuilegii militaris errichtet worden, nach den römischen Rechten gesehen wird, unter welchen das jüngere das ältere anders nicht aufhebt, als in so ferne solches die sichere Willensmeinung des Erblassers mit sich bringt, militi enim licet plura testamenta separatim facere, nec superius per inferius rumpitur, et omnia simul valent, nisi de animo mutandi voluntatem priorem appareat,

L. 19. et L. 36. §. 1. D. de testam. milit.

ideoque prius et posterius testamentum iure militari conditum effectum sortitur quatenus nulla inter vtrumque pugna est;

Voetius ad Pand. lib. 28. tit. 3. §. 8.

gleichwohl 3) von dem testamento militari auf ein von einem Geistlichen, nach den besondern Vorrechten seines Standes ohne Feyerlichkeiten errichtetes sogenanntes testamentum canonicum die sichere Schlußfolge gezogen werden kann, weil solches der Natur und Eigenschaft beyder Gattungen von Testamenten gemäß ist, da bey beyden bloß auf die Gewisheit des letzten Willens es ankömmt, und auch der Ursprung der sogenannten canonischen Testamente dieses bestätigt indem deren auf Observanz beruhende Vorrechte aus einer von Barthelus und andern älteren Rechtslehrern erfundenen Analogie, nach welcher Personen geistlichen Standes als milites in perpetua militia sacra constituti geachtet werden, erwachsen sind, 8

Iul. Clarus sentent. lib. 3. qu. 28. n. 2.
Harpprecht de testamento pagani in hostico confecto tit. 19. in f.
Engel de priuileg. et iur. monaster. priuileg. 9. num. 4.
Io. Christ. Neller de testamento Clerici Treuir. P. 2. §. 22. in nota.

Demnächst 4) in dem gegenwärtigen Falle der merkliche Umstand in Erwägung kömmt, daß der Erblasser Titius in dem jüngern im Jahre 1770 zu Bamberg errichteten Testamente eben dieselbe Person, den Grafen Cajus, zum Erben eingesetzt, den er in dem einige Monate zuvor zu Mainz gemachten Testamente zu seinem Erben ernannt, mithin in Ansehung der Erbeseinsetzung, als des wesentlichen Theils eines jeden Testaments, keine Abänderung getroffen hat, und daher beyde Testamente nach den strengsten Gründen des römischen Rechts neben einander bestehen können, indem das ältere Testament durch das jüngere, worin ein anderer Universalerbe benannt worden, nur deshalb pro rupto erkläret ist, weil jedes Testament einen successorem vniuersalem bestimmt, und ein Erblasser nicht zwey verschiedene successores vniuersales haben kann; solches aber dann wegfällt, wenn in zwey Testamenten eine und dieselbe Person zum Erben eingesetzt ist, 9

Und

10 Und wie daher 5) die Erbeseinsetzung im zweyten Testamente unverändert geblieben ist, so hinwiederum in Ansehung der Vermächtnisse, welche dem eingesetzten Erben in dem ersten Testamente aufgelegt worden, in dem zweyten Testamente keine Veränderung getroffen, noch auch darin einige Anzeige enthalten ist, woraus eine Absicht, selbige aufheben zu wollen, gefolgert werden kann, vielmehr der Erblasser bey den in dem erstern Testamente geordneten Vermächtnissen, welche er theils seinen Nepoten, theils seinem zweyten Bruder, theils denen die bey ihm im Dienste gestanden, hinterlassen hat, solche Ursachen anführt, welche eius enixam voluntatem zu erkennen geben;

11 Endlich wenn 6) die in dem ältern Testamente enthaltene Clausel:

> "Sollte mir noch etwas nothwendiges einfallen, so sollen die Codicille und „die Zusätze die nemliche Kraft haben, gleich dieser mein geschriebener letzter „Wille."

bloß nach der Willensmeinung des Erblassers betrachtet wird, derselbe in dem zweyten Testamente nur einen solchen Zusatz zu machen die Absicht gehabt zu haben scheint, indem er darin bloß einige neue Vermächtnisse geordnet, dabey aber die vorige Erbeseinsetzung wiederholt hat.

12 Uebrigens 7) die vorangeführten Gründe zwar bey mehrern Testamenten, welche nach gemeinen Rechten errichtet worden, eintreten, hergegen bey einem privilegirten Testamente, welches bloß auf der Gewißheit des Willens des Testirers beruhet, dergleichen ein testamentum canonicum ist, einige Anwendung anders nicht leiden, als wenn der Testirer zugleich die Absicht, sein ersteres Testament abzuändern, ausdrücklich erkläret, oder solche aus der geordneten Abänderung selbst sich ergibt, wie dann selbst in den Fällen, wo der Testirer seine Willensmeinung, daß zwey von ihm nach einander errichtete Testamente zugleich gelten sollen, zu erkennen gegeben hat, schon die gemeinen Rechte beyden Testamenten, bloß nach dem Willen des Erblassers die Gültigkeit beylegen,

L. 12. §. 1. D. de rupto, iniusto et irrito testam.

und dieses um so mehr bey solchen Testamenten eintritt, welche sola voluntate testatoris ihre Kraft und Gültigkeit erhalten,

Als sind wir solchem allem nach der rechtlichen Meinung:

13 Daß des Titius älteres Testament durch dessen nachher errichtetes für aufgehoben und rumpirt nicht zu achten, sondern daß beyde Testamente neben einander bestehen, und derselbe die in beyden Testamenten geordneten Vermächtnisse zu bezahlen verbunden ist. 1786.

Num. 173.

Num. 173.

RESPONSVM.

THEMA GENERALE.

De effectu consensus proximiorum agnatorum in alienationem feudi in remotiorem, maxime intuitu iuris succedendi extincto stemmate acquirentium.

Argumenta specialia.

Species facti. n. 1.
Quaestiones propositae. n. 2.

Rationes dubitandi.

Alienatio feudi consensu domini munita valida est. n. 3.
Agnati in alienationem consentientes ius succedendi amittunt. n. 4.
Etiam si in agnatum fit, nec simultanea inuestitura reseruata sit. n. 5.
Saltem restitutio pretii ab heredibus allodialibus postulari potest. n. 6.
Exceptio doli perpetua est. n. 7.

Rationes decidendi.

Feudo consensu agnatorum proximiorum in remotiorem alienato, emtore absque successoribus mortuo ad consentientes deuoluitur. n. 8.
Per alienationem talem enim, quae refutatio dicitur ius succedendi non tollitur. n. 9
Consensus in talem alienationem non concernit omnia iura ex pactis et prouidentia maiorum competentia. n. 10.
Iure proprio succedentes heredibus allodialibus pretium feudi refundere obligati non sunt. n. 11. 19.
Meliorationes vero iis restituendae sunt. n. 12.
Clausula contractui venditionis adiecta explicatur. n. 13. 16.
In praeiudicium successorum feudalium consensus domini vim non habet. n. 14.
Dictum differt a promisso. n. 15.
Interpretatio formulae consensus vberius vindicatur. n. 17. 18.
Vis consensus agnatorum proximiorum in alienationem feudi in remotiorem ea est, vt ius reuocandi exercere non possint dum emtor eiusque descendentes supersunt. n. 19.
Heredes allodiales qui ius retentionis in feudo exercent successoribus feudalibus de fructibus rationes reddere debent. n. 20.
Cur ob dolum et laesionem in casu proposito agi non possit, ostenditur. n. 21.
Quaestionum decisio. n. 22.

Rechtsgutachten.

Hat Thedel von C., Besitzer des Hinterhauses S., von seinen Vettern, Johann Ludwig und Hieronimus Wilhelm von C., den halben Antheil des Gutes S., 1

das sogenannte Vorderhaus S. für eine Summe von 16000 Rthlr. laut eines am 30ten Dec. 1696 darüber errichteten Kaufbriefes mit Einwilligung der verschiedenen Lehnherrn und des Bruders der Verkäuser Franz Heinrich von C. gekauft.

Diesem zu Folge ist Thedel von C. mit dem Lehngute S. belehnet, jedoch ist diese Beleyhnung demselben sowohl für sich, als zum Mitbehuse seiner Lehnsvettern ertheilt worden, wie solches noch die jüngsten Lehnbriefe vom Jahre 1780 ergeben, zugleich erhellet aus einer von Thedel von C. bey den Herzögen zu Braunschweig-Wolfenbüttel übergebenen Supplik, daß er bey Gelegenheit eines starken Baues zu S., durch die Vermittelung der höchsten Lehnherrn seine Agnaten zur Ausstellung einer Versicherung wegen der auf künftigen Successionsfall zu leistenden Vergütung der Kosten zu disponiren, gesucht hat.

Inmittelst sind die Verkäufer von C. und deren männliche Descendenz ausgestorben, und im Jahre 1785 ist auch der letzte vom Mannsstamm des Käufers, der Geheime-Rath Thedel Ernst von C., verstorben;

Von dem in den Verkauf consentirenden Bruder der Verkäufer, Franz Heinrich von C., sind noch dessen Enkel, Thedel Wilhelm und Philipp Lebrecht von C., am Leben.

Wiewohl nun beyden die Lehnfolge in das Hinterhaus S. nicht in Streit gezogen wird, so haben dennoch die Allodial-Erben des letzten Besitzers ihnen wegen der andern Hälfte des Gutes oder des Vorderhauses S., zu dessen Verkaufe ihr Großvater Franz Heinrich von C. seine Einwilligung gegeben, Streit erregt, indem sie das Recht, diesen Antheil zur Veräusserung bringen zu lassen aus dem Kaufcontracte behaupten zu können, und den Lehnfolgern nur das ius retractus gegen Erlegung des Kaufpreises und gegen Erstattung der Meliorationen einräumen zu müssen vermeinen;

Es entstehen daher folgende

Fragen:

1) Ob die Allodial-Erben des Thedel von C. nach dem jetzt erfolgten Abgange des Mannsstammes desselben für berechtiget zu halten sind, das Vorderhaus S. mit Eintritt des retractus gentilitii sub hastam bringen zu lassen?

2) Ob sie allenfalls die Restitution des dafür bezahlten Kaufschillings von 16000 Rthlr. zu fordern befugt, oder ob sie gedachtes Vorderhaus zu S. gegen Bezahlung der Meliorationen nach einer legalen Taxe an die Lehnerben abzutreten schuldig sind?

3) Ob sie das Gut, so lange sie wollen, selbst behalten können?

Oder ob 4) der von Franz Heinrich von C. ertheilte Lehns-Consens, da derselbe von dem Kaufgelde nur 400 Rthlr. erhalten, und der exceptioni laesionis enormis et dolosae persuasionis nicht entsagt hat, und diese dennoch erweislich ist, in Ansehung der jetzigen Lehnerben überall verbindlich ist?

Ob

Ob nun wohl I) die Allodial-Erben nach erfolgtem Abgange des Mannsstammes der Käufer das Recht, den im Jahre 1696 erkauften Lehnsantheil zu S. behuf des davon zu erlegenden vollen Werths zur Veräusserung bringen zu lassen, daher behaupten zu können vermeinen, 3

weil 1) in dem Kaufcontracte vom Jahre 1696 die wörtliche Abrede dahin getroffen worden:

> daß, dafern Herr Käufer, dessen männliche Erben, und da deren keine vorhanden, dessen Allodial-Erben, cessionarii und Nachkommen, künftig über kurz oder lang, dieses verkaufte Gut hinwiederum abzustehen und anderweit zu verkaufen belieben möchten, auf solchen Fall die Herren Verkäufer sowohl als auch die Agnaten zwar den Näherkauf daran haben und behalten sollen; allein, weil die Gebäude überall ganz verfallen sind, und deshalb solche von Grund aufzubauen und zu repariren viele Kosten angewandt werden müssen, daher der Kauf Preis künftig viel höher als jetzt sich belaufen wird, Herrn Käufern jedennoch kraft dieses vorbehalten seyn solle, und sie Macht haben sollen, alsdann das Gut wieder so hoch zu verkaufen, als er dasselbe seinem Werthe nach ausbringen kann, auch dem Meistbietenden kaufsweise zuzuschlagen;

Diese Abrede aber 2) wenn sie nach dem Wortverstande genommen wird, dem Gesuche der Allodialerben zu statten zu kommen scheint, und dabey die von den Lehnrechten vorkommenden Abweichungen in keinen Betracht zu ziehen seyn möchten, weil sämmtliche Lehnherren, von welchen das Mannlehngut zu S. abhängt, die Einwilligung in den Verkauf ertheilet haben,

Demnächst 3) die Agnaten, und namentlich der Bruder der Verkäufer Franz Heinrich von E., in den Verkauf und in alle Clauseln desselben consentiret haben, woraus aber die Folge gezogen werden dürfte, daß er durch die Einwilligung in den Verkauf dieses Lehnantheils das Recht zur Lehnfolge auf gleiche Weise verloren habe, als solches durch den bewilligten Verkauf des Lehns an einen Fremden verloren wird; 4

Stryk de obligatione feudi consensu munita c. 4. num. 44.

Dahin auch 4) die Absicht des Kaufcontracts gerichtet zu seyn scheinen will, da den Agnaten bey einem vorkommenden weitern Verkauf des Lehnantheils ein mehrers nicht als der Näherkauf ausbedungen ist, hergegen von den Agnaten in dem Consensbriefe der vorbehaltenen simultaneae inuestiturae an dem verkauften Vorderhause zu S. ausdrücklich keine Erwähnung geschehen ist; 5

Allenfalls II) die bey der zweyten Frage zum Grunde liegende Auslegung einen Anschein daher gewinnet, daß die vorhin angeführte auf den Fall des Abganges der Lehn-Erben des Käufers gerichtete Clausel des Kaufcontracts auf die Versicherung des Kaufpreises und der Lehnsverbesserungen gerichtet gewesen ist, wie solches wenigstens in Ansehung des letztern aus der dem Herzoge zu Braunschweig-Lüneburg übergebenen Supplik erhellet, und in diesem Betrachte den jetzigen Lehnerben die Wieder- 6

einlösung des Lehns mittelst Erstattung des wahren Kaufpreises von 16000 Thlr. und der erfolgten Lehnsverbesserungen, obliegen dürfte;

7 Uebrigens wenn III) die Lehnerben die gegen den Consens anzubringenden Einwendungen einer Verkürzung und dolosae inductionis erweislich machen können, darauf hiebey eine rechtliche Absicht zu nehmen seyn dürfte, da die exceptio doli den Rechten nach pro perpetua zu halten;

L. 5. §. vlt. D. de doli mali et met. exceptione.

8 Dennoch aber und dieweil A) bey den vorstehenden Fragen zum Grunde liegt, daß den beyden Lehnerben, Thedel Wilhelm und Philipp Lebrecht von C. bey dem jetzt erfolgten Abgange des Mannsstammes des Thedel von C. die Lehnfolge in dem Vorderhause zu S. den Lehnrechten nach erwachsen ist, und ihnen hiebey die von ihrem Großvater Franz Heinrich von C. am 4ten Oct. 1700 ertheilte Einwilligung in den von dessen beyden Brüdern im Jahre 1694 geschlossenen Verkauf eines Theiles dieses Lehnes nicht entgegensteht;

Immaßen 1) diese Einwilligung den damals mit dem entferhten Agnaten Thedel von C. geschlossenen Verkauf des Lehnantheils betroffen, solche auch so lange dessen Mannsstamm gestanden, rechtliche Wirkung gehabt hat, hergegen das dem Franz Heinrich von C. ex pacto et prouidentia maiorum daran zustehende und durch die Mitbelehnschaft versicherte Lehnrecht an solchem Lehnantheile kein Gegenstand der ertheilten Einwilligung gewesen, und daher die darauf beruhende Lehnfolge bey dem Lehnsanfalle, welcher nach dem Abgange des Mannsstammes des Käufers erfolgt, demselben und dessen Lehnerben ungekränkt verblieben ist; si enim alienatio feudi facta est in agnatum remotiorem consentiente domino, emtore absque heredibus masculis mortuo, feudum ad agnatos, qui in hanc alienationem consenserunt, deuoluitur;

Schrader de feud. P. 8. cap. 5. num. 25. 26.

9 Angesehen 2) darin der Unterschied einer Veräusserung des Lehns an einen extraneum, auf welchen alles Recht am Lehne übertragen wird, von einer Veräusserung auf einen entferntern Agnaten besteht, indem diese nur eine refutationem feudi zu Gunsten des entferntern Agnaten enthält, wie denn deswegen die Lehnsverkäufer in der lehnherrlichen Einwilligung Refutanten genannt sind, durch eine solche Veräusserung aber das aus der Belehnung des ersten Erwerbers und aus der Mitbelehnung bey jedem künftigen Lehnsanfalle herrührende Recht nicht aufgehoben wird,

II. F. 14.
II. F. 26. §. vlt.
II. F. 49.

iure communi feudorum enim per refutationem in feudo non excluditur ius successionis, sed integrum et saluum manet,

Berlich P. 2. Concl. 53. n. 47.
Hertius resp. T. 2. dec. 226.

Wie

Wie denn 3) der von Franz Heinrich von C. den 4ten Oct. 1700 ausgestellte Consensbrief klar besagt, 10

daß a) seine Einwilligung in den von seinen Brüdern geschehenen Verkauf des Lehnantheils zu S. zu dem Zwecke begehrt worden sey, um, in dem Falle daß seine Brüder ohne Lehnerben versterben sollten, dem Verkaufe eine grössere Sicherheit zu verschaffen, mithin um das ius reuocandi feudum alienatum ex iure delatae successionis welches ihm und seinen Nachkommen wegen des Vorzugs der Linie und der nähern Verwandschaft bereits in diesem Falle zugestanden haben würde aufzugeben,

derselbe auch b) diese Einwilligung bloß zu dem im Jahre 1696 eingegangenen Verkaufcontract ertheilt, hergegen dabey des aus den Verträgen der Vorfahren ihm zustehenden und durch die Mitbelehnung versicherten Rechtes am Lehne auf den Fall, wenn der Mannsstamm sowohl des Käufers als der Verkäuser ausgehen würde, sich nirgend begeben hat,

und da c) desselben Recht am Lehne so weit es aus den Verträgen der Vorfahren und der daran habenden Mitbelehnung herrührt, schon ipso iure ungekränkt geblieben, derselbe auch nicht nöthig gehabt, die Mitbelehnung sich ausdrücklich vorzubehalten;

solche auch d) ihm und dessen männlichen Erben in den Lehnbriefen der verschiedenen Lehnherren unverändert anerkannt ist, und dessen Enkel Thedel Wilhelm und Philipp Lebrecht von C., als August Friederichs von C. Söhne, noch in den jüngsten Lehnbriefen vom Jahre 1780 ohne einige Einschränkung auf S. als Mitbelehnte aufgeführet worden sind,

Solchemnach da nunmehr 4) der Mannsstamm des Thedel von C. ausgegangen ist, beyden nur benannten Lehnerben das Recht zur wirklichen Lehnfolge in dem Vorderhause zu S. eben sowohl, als in dem Hinterhause, kraft der Mitbelehnung angefallen ist, 11

und da sie 5) darin kraft eignen Rechtes succediren, sie auch, soviel die Substanz dieses Lehnsantheils betrifft, den Allodial-Erben des letzten Lehnsbesitzers die Vergütung des Werths desselben, oder die Erstattung der auf dessen Acquisition verwandten 16000 Thlr. zu leisten, aus keinem rechtlichen Grunde für verbunden zu halten sind, indem dazu weder nach den Lehnrechten, noch auch nach dem von ihrem Großvater im Jahre 1700 ausgestellten Consensbriefe ein Grund enthalten ist, so viel aber die aus dem allodio angelegten Lehnverbesserungen betrifft, deren Vergütung den Lehnrechten nach zu der Obliegenheit eines Lehnfolgers gehöret, 12

II. F. 28. §. 1. 2.
Pufendorf tom. 2. obs. 130.

weiter auch nicht, als auf eine Versicherung wegen der Vergütung der Lehnsverbesserungen, das Suchen des Thedel von C. in der Supplik vom 15. März 1701 gegangen, indem derselbe bey der ersten Anlage der Lehnsverbesserungen seinen künftigen Allodialerben eine Sicherheit wegen deren Vergütung auszuwirken gesucht, und auch dar-

darauf allein die Brandenburgische lehnherrliche Bewilligung des Kaufcontracts vom 21ten Jan. 1698 gerichtet, und nur dahin:

daß auf den Fall der Käufer oder dessen männliche Lehnserben nicht mehr vorhanden, dessen Allodial-Erben oder cessionarii bey dem erkauften Gute so lange gelassen werden sollen, bis ihnen die darau gewandten Bau- und Meliorations-Kosten von den Lehns-Successoribus refundiret worden,

die lehnherrliche Bewilligung ertheilet worden;

13 Aus solchem allem aber B) der Anspruch welchen die Allodialerben I) auf den wahren Werth des Lehnantheils zu S. und auf die deshalb auszubringende Subhastation des Lehns machen zu können vermeinen, zu beurtheilen ist; immaßen ihnen zu diesem von allen Lehnrechten abweichenden Anspruch die vorangeführte Clausel des Kaufcontracts vom Jahre 1696 nicht zu statten kömmt;

indem 1) solche auf den Hauptfall gestellt ist, daß,

dafern der Käufer Thedel von C. und dessen männliche Erben,

das erkaufte Lehngut über kurz oder lang wieder veräussern und abstehen sollten, die Verkäufer sowohl als deren Agnaten das Näherrecht daran haben und behalten, jedoch solches unter der bedungenen Erstattung der Lehnsverbesserung exerciren sollten; und wie nun für diesen gewöhnlichen Fall die Partheyen ihre Willens-Erklärung dahin ertheilt haben, daß, wenn der Lehnsbesitzer das Lehngut unter erhaltener lehnherrlicher Bewilligung weiter veräussern sollte, die Verkäufer und deren Agnaten solches unter Vorbehaltung des Vorkaufs sich gefallen lassen sollten, so hergegen dieser an und für sich zulässige Fall nicht existirt, und daher die deshalb genommene Abrede ihre Kraft verloren hat.

14 Hingegen 2) die dabey zugleich mit eingerückten Worte

und da deren (der Lehnerben) keine vorhanden, dessen Allodial-Erben Cessionarien und Nachkommen dies Gut wieder abzustehen belieben möchten,

wenn auch selbige bloß nach dem wörtlichen Verstande erklärt werden sollten, dennoch den Allodialerben nicht zu statten kommen,

indem a) der bezeichnete Fall, daß die Allodialerben nach Abgang der Lehnerben den Lehnantheil zu S. veräussern sollten, eine von den Lehnhöfen mit Consens sämmtlicher Agnaten dazu ertheilte Befugniß voraussetzen würde, weil eine solche Veräusserung mit allen Lehnrechten streitet, gleichwohl diese Befugniß während des noch stehenden Mannsstammes des Thedel von C. weder für sie gesucht noch erlangt worden, mithin bey dem nunmehr erfolgten Ausgange des Mannsstammes gedachter Lehnsantheil zu S. den Lehnerben kraft der Mitbelehnung bereits angefallen, und diesen darau ein eignes Recht erworben worden, zu dessen Schmälerung auch nicht einmal von den Lehnhöfen die den Lehnrechten gänzlich widersprechende Befugniß ertheilt werden könnte; mithin der in jener Clausel ihrem wörtlichen Sinne nach enthaltene Fall nicht zur Existenz gediehen ist,

dem-

demnächst b) dieser in gedachter Formel enthaltene Fall auf Seiten der Verkäufer kein Versprechen enthält, indem es verba futurum euentum exprimentis, mithin verba enunciatiua sind, und in allen Contracten dictum a promisso zu unterscheiden ist, 15

L. 19. in f. D. de aedil. edicto.

auch c) in dem Contracte keine Spur einer über diesen Fall bereits getroffenen weitern Abrede oder versicherten Gesinnung der Contrahenten anzutreffen ist, welches dennoch bey einem von den Lehnrechten so gänzlich abweichenden Puncte um so mehr hätte geschehen müssen, als sonst die in gedachter Formel enthaltenen Worte nicht ohne Anschein für untergeschoben und für erschlichen zu halten, und deshalb nicht ohne Grund zu vermuthen ist, daß diese Worte von dem Falle zu verstehen sind, wenn der letzte Lehnsbesitzer die Veräusserung des Lehngutes unter erhaltener Einwilligung geschlossen, selbige aber durch erfolgtes frühes Absterben zu vollziehen verhindert worden, mithin also nur die Vollziehung des Verkaufs von den Allodial-Erben zum Gegenstand gehabt, nicht zu gedenken, daß eine solche unter den Käufern und Verkäufern eines Lehns über einen widerrechtlichen Gegenstand eingegangene Abrede an und für sich kraftlos und nichtig gewesen seyn würde; 16

L. 6. C. de pactis.

Ueberdem a) dafür, daß die Absicht der Partheyen auf eine solche ausserordentliche Abrede nicht gegangen, ein sehr dringender Grund in der noch von dem Käufer selbst bey dem Braunschweig-Wolfenbüttelschen Lehnhofe unterm 15ten März 1701 überreichten Supplik enthalten ist, worin derselbe nach dem Abgange seines Mannsstammes die Lehnfolge der Agnaten und namentlich des Franz Heinrich von C. anerkannt, und Behuf seiner Allodialerben nur allein auf diejenigen Rechte sich bezogen hat, welche ihnen in Rücksicht der zu vergütenden Lehnsverbesserungen und wegen eines deshalb auszuübenden iuris retentionis zustehen, und bloß zu mehrer Sicherheit darüber eine von seinen Agnaten auszustellende Versicherung durch Vermittelung des Lehnhofes auszuwirken gesucht hat, und da er diese, die er nicht einmahl nöthig gehabt, aus grosser Vorsicht zu erlangen gewünscht, er noch vielmehr für den Fall, wenn über jene den Allodialerben nicht zustehende Befugniß eine Abrede vorgewaltet hätte, eine Versicherung zu erlangen gesucht haben würde; 17

und wenn gleich c) der Kaufcontract von den Lehnhöfen bewilliget, und die Bewilligung des Braunschweig-Wolfenbüttelschen Lehnhofes auf alle und jede Clauseln und Puncte desselben gestellet worden, dennoch der in mehr gedachter Formel angedeutete Fall, dadurch keine Kraft erlangen können, sondern immer nur ein möglicher Fall geblieben ist, weil die Allodial-Erben die darin etwa liegende Befugniß anders nicht, als durch eine von den Lehnhöfen dazu gesuchte und von den Agnaten gleichfalls ertheilte Einwilligung auch anders nicht als re integra, und ehe den Agnaten das Lehn angefallen gewesen, und sie darauf ein Recht erworben, geltend machen können;

Ueberdem aber in der Brandenburgischen lehnherrlichen Bewilligungs-Urkunde die in dem Kaufcontracte enthaltene Clausel und die darin ausgedrückte widerrechtliche 18

che und unzulässige Veräusserungs-Befugniß bemerkt und deshalb die lehnherrliche Einwilligung dahin ausdrücklich eingeschränkt worden:

> daß, wenn der Käufer oder dessen männliche Erben nicht mehr vorhanden, dessen Allodialerben oder cessionarii bey dem erkauften Gute so lange gelassen werden sollen, bis ihnen die daran gewandten Bau- und Meliorations-Kosten von den Lehns-Successoren refundiret worden;

endlich f) alle Gründe, welche aus dem Kaufcontracte etwa hergenommen werden können, auch durch den Consensbrief des Franz Heinrich von C. entkräftet werden, indem in selbigem davon, daß über den nurgedachten Veräusserungsfall etwas mit ihm verhandelt seyn sollte, die geringste Spur nicht anzutreffen ist, ungeachtet dieses desselben künftige Successionsrechte betroffen, und deshalb für ihn von einer so großen Wichtigkeit gewesen daß es schwerlich so ganz mit Stillschweigen übergangen seyn würde, wenn darüber wirklich etwas sollte verhandelt worden seyn, und daraus die Vermuthung daß er zu der ganzen Einwilligung durch List gebracht und den ganzen Zweck derselben nicht gehörig übersehen habe einen beträchtlichen Schein gewinnt,

19 Demnächst ad II) eben so wenig ein Grund vorhanden ist, aus welchem die Allodial-Erben des letzten Lehnsbesitzers die Wiedererstattung des Kaufpreises von den consentirenden Agnaten und deren jetzigen Lehnserben fordern können;

indem 1) aus dem Consense in den Verkauf des Lehnantheils dazu kein Grund hergeleitet werden kann, da dieser so lange wirksam gewesen, als der Mannsstamm des Käufers gestanden, und dadurch seinen völligen Effect gehabt, daß die consentirenden nähern Agnaten bey dem Absterben der Verkäufer und deren Descendenten kein ius reuocandi in Ansehung des veräusserten Lehnsantheils exerciren können;

noch auch 2) in den Lehnrechten ein Grund vorhanden, aus welchem ein consentirender Agnat bey dem ihn dereinst treffenden Lehnsanfalle den Kaufpreis den Allodialerben des letzten Lehnsbesitzers zu erstatten schuldig, da er in dem angefallenen Lehne aus eignem Rechte succediret;

noch auch 3) in dem Kaufbriefe oder in dem Consensbriefe darüber ein Vertrag eingegangen worden;

20 dahergegen III) den Allodialerben nach den schon angeführten Gründen das Recht eine billige Vergütung wegen der angelegten Wirthschafts- und Häuslings-Gebäude und wegen sonst erweislicher Verbesserungen zu fordern, und in Rücksicht dessen das ius retentionis zusteht, jedoch sie das Lehngut S. weiter und länger nicht als bis solche Vergütung geleistet worden, sich zuzueignen befugt sind,

> L. 33. in f. D. de condict. indebiti.

und in solchem Betrachte auch von den erhobenen Nutzungen bis dahin Rechenschaft abzulegen, und diese an dem zu ersetzenden Werthe der Meliorationen sich kürzen zu lassen pflichtig sind; übrigens bey dem Werthe der Lehnsverbesserungen theils auf denjenigen Werth, darin sie bey der jetzigen Wiederabtretung des Lehns stehen,

Strumi-

Struuius in synt. iur. feud. c. 15. aph. 12. n. 3.

theils darauf rechtliche Absicht zu nehmen ist, wie weit solche dem Lehne nothwendig oder nützlich sind,

de Pufendorf tom. 1. obs. 183. et 184
Schweder de meliorat. feudi cap. 4. et 5.

und solches durch eine rechtliche Taxation auszumitteln,

Uebrigens IV) die Lehnerben gegen den von ihrem Großvater ertheilten Consens sich mit der exceptione laesionis nicht schützen mögen, indem das ihnen an dem Lehnsgute zustehende Successionsrecht demungeachtet ungekränkt verblieben ist, und wenn deren Großvater von seinen Brüdern, als Verkäufern, eine hinlängliche Abfindung nicht erhalten hat, solches gegen einen Dritten nicht angeführt werden kann, dahergegen in sofern sie den schweren Beweis zu führen vermögen, daß ihr Großvater zu Ausstellung des Consensscheines dolose inducirt worden, solches allerdings ihnen gegen den ertheilten Consens zu statten kömmt; immittelst da die in dem Kaufcontracte eingerückte, und auf den Fall, da die Allodialerben das Lehn veräussern sollten, gerichtete Clausel nicht zur Existenz gediehen ist, weil sie zur Veräusserung des Lehns sich zu qualificiren nicht gesucht, und dazu bey stehendem Mannsstamme die Erlaubniß von den Lehnshöfen und die Einwilligung sämmtlicher Agnaten nicht ausgebracht haben, mithin besagter Lehnschein ihnen schon deshalb unschädlich verblieben, folglich auch die in deren Einrückung etwa liegende Gefährde ihnen einen Grund zu einer Beschwerde nicht gibt, 21

Als sind wir solchem allem zu Folge in Ansehung der vorangeführten Fragen der rechtlichen Meinung:

Daß 1) obgenannte Lehnserben bey dem jetzt erfolgten Abgange des Thedel von C. zur Lehnsfolge in das Vorderhaus zu S. berechtiget, hergegen die Allodialerben des Thedel von C. diesen von ihren Vorfahren erkauften Lehnsantheil unterm Eintritte des retractus gentilitii zu veräussern und ad hastam bringen zu lassen für befugt nicht zu halten; 22

Eben so wenig auch 2) die Allodialerben den Kaufschilling von 16000 Thlr. von den succedirenden Lehnsfolgern zurückzufordern einen rechtlichen Grund für sich haben;

Vielmehr 3) dieselben gegen Bezahlung des Werths der Lehnsverbesserungen nach einer legalen Taxation gedachten Lehnsantheil abzutreten schuldig;

Und 4) weiter nicht als bis dahin des iuris retentionis daran sich zu bedienen für befugt zu halten sind. 1786.

Num. 174.

Num. 174.

DECISIO.

THEMA GENERALE.

De pluralitate votorum in causis collegialibus, quales sunt causae electionum concludente.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Urtheil.

1 Auf Klage, dagegen vorgeschützte Einreden und ferneres Einbringen in Sachen der Armen-Provisoren P. und S. und Consorten, Kläger an einem, wider den Vorsteher F., den Armen-Provisor B. und Consorten, Beklagte am andern Theile, so uns in dem deshalb verhandelten und hiebey zurückgehenden volumine actorum zu Abfassung eines Rechtsspruches zugesandt;

sprechen und erkennen wir für Recht:

daß beyder Theile Anwälde sich zur Nothdurft legitimiret; im übrigen aus den Acten so viel zu befinden, daß der Kläger Suchen nicht statt hat, sondern, da der Kirchen-Vorstand sich durch Mehrheit der Stimmen vereiniget,

einiget, bey der bevorstehenden Wahl eines Predigers zu M. für diesmal bloß einige ordinirte und bereits im Amte stehende Prediger auf die Wahl zu bringen, solches auch die versammelte Gemeinde zu M. nach der Mehrheit der Stimmen genehmiget, es dabey sein Bewenden hat, auch bey einer solchen, auf bereits im Amte stehende Prediger zu richtenden Wahl es einer zu haltenden Probe-Predigt nicht bedarf;

Da immittelst Beklagte während dieses Rechtsstreits und gegen das unterm 17ten Nov. 1781 ertheilte Verbot sich der Wahl eines Predigers eigenmächtig unterzogen haben, so ist diese Wahl als widerrechtlich und nichtig wieder aufzuheben, und das unterm 21ten Nov. 1781 ertheilte Decret zu bestätigen; dahergegen nunmehr beyden Theilen zu einer ordnungsmäßigen Wahl eines Predigers auf vorhergehende gebührende Convocation der gesammten Gemeinde zu schreiten billig nachgelassen wird. Die auf diese Klage ergangenen Kosten sind aber aus bewegenden Ursachen gegen einander zu vergleichen und aufzuheben. Von Rechtswegen.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe.

Dieweil sowohl Kläger in der Anlage N. 2. ad Num. 7. actor., als auch Beklagte in der Anlage sub A. ad num. 8. actor. ihre Vollmachten ad acta gebracht, und diese Sache die Glieder der Gemeinde unter einander betrifft, wobey auf die Zahl der Glieder, welche die Rechte der Gemeinde zu vertreten vermeinen, es nicht ankömmt, so sind beyder Theile Anwälde nothdürftig für legitimirt zu halten; 2

Ob nun wohl I) die Kläger zu behaupten gesucht haben, daß der von dem Kirchen-Vorstande gemachte und von der Gemeinde M. genehmigte Schluß, daß nur ordinirte und im Amte stehende Prediger auf die Wahl zum Prediger zu M. gebracht werden sollen, für rechtsbeständig nicht zu halten; 3

indem 1) zu dem Rechte eines jeden Mitglieds im Kirchen-Vorstands-Collegio es gehöre, jeden Wahlfähigen, er sey ein Candidat, oder ein bereits im Amte stehender ordinirter Prediger, auf die Wahl zu bringen, in Sachen aber, die iura singulorum betreffen, die Mehrheit der Stimmen nicht entscheiden könne, sondern dazu einmüthige Stimmen aller erfordert würden, quod enim omnes tangit, ab omnibus debet approbari;

C. 29. X. de reg. iur. in 6.
Coruinus de personis et benef. eccles. lib. 3. tit. 2. num. 43.

dieser Grund auch 2) bey der von der Gemeinde geschehenen Genehmigung dieses Schlusses eintreten will, und daher, daß dieser Punct durch die Mehrheit der Stimmen in der Gemeinde M. nicht bestimmt werden können, dafür gehalten werden, und dergleichen Schluß für eine die Wahlfreyheit einschränkende Verfügung angesehen werden möchte;

4 überdem 3) gegen die Wahlprotocolle der Einwand gemacht worden, daß a) das Protocoll vom 8ten Jun. 1781 nicht von allen Mitgliedern des Vorstandes, sondern statt des Kirchenmeisters B. und des Vorstehers S. von andern nicht dahin gehörigen Personen unterschrieben sey, das Protocoll auch b) in der eignen Sache des Vorstandes keinen hinlänglichen Beweis über den gefaßten Schluß wirken möge; ferner c) der Antrag an die Gemeinde auf die gebührende Art nicht geschehen sey, vielmehr verschiedene Glieder gegen die angebrachte Verfügung, daß nur Ordinirte, und nicht zugleich Candidaten, auf die Wahl gebracht werden sollten, protestiret haben,

5 Sodann 2) das Suchen der Kläger, daß alle auf die Wahl zu bringende Subjecte zuvörderst eine Probepredigt abzulegen haben, 1) in der Märkischen Kirchenordnung §. 7. gegründet zu seyn scheinet, indem diese der auf die Probe aufgestellten und gehörten Candidaten ausdrückliche Meldung thut, unter den Candidaten aber diejenigen so um den Pfarrerdienst sich bewerben, zu verstehen seyn: 2) auch solches zur Beförderung einer zweckmässigen und freyen Wahl erfordert werden dürfte, indem die Glieder einer Gemeinde besonders auf dem Lande allein aus dem Vortrage in der Probe- oder Gastpredigt diejenige Kenntniß zu nehmen vermögen, welche das Vertrauen auf einen künftigen Seelsorger und die Ueberzeugung von der Güte des von ihm durch Lehre und Predigt zu erwartenden gemeinschaftlichen Unterrichtes und die auf jenes Vertrauen und auf diese Ueberzeugung beruhende Wahl begründen kann; daneben 3) der Anstand welchen ein im Amte stehender Geistlicher gegen die Ablegung einer Probepredigt nehmen mag, die Rechte der wählenden Gemeinde nicht betrifft, sondern lediglich auf seiner Seite sich befindet und bloß auf ihn betreffenden Gründen der Vorsicht beruhet;

Immittelst III) da die angebrachte Klage der Kläger, wodurch sie das Wahlgeschäft aufzuhalten gesucht haben, für gegründet nicht gehalten werden mag, die Folge erwachsen möchte, daß die von Beklagten unterm 18. Nov. 1781 unternommene Wahl nunmehr für gültig zu halten sey;

6 Dennoch aber und dieweil 1) wenn gleich das Suchen der Kläger, daß ausser ordinirten Geistlichen auch andere Candidaten auf die Wahl zu bringen seyen, an und für sich gegründet ist, dennoch solches bey der in Frage stehenden Predigerwahl, deshalb für statthaft nicht zu halten, weil der von dem Kirchenvorstande zu M. verfaßte und darauf von der Gemeinde daselbst genehmigte Schluß, bey diesem Falle nur ordinirte und bereits im Amte stehende Geistliche auf die Wahl zu bringen, mit Bestande Rechtes gefaßt worden ist,

7 wohlerwogen 1) solcher sowohl in dem Kirchenvorstande, als auch in der Gemeinde M. durch die Mehrheit der Stimmen festgesetzet worden, gleichwohl dasjenige so zur Angelegenheit einer Gemeinde überhaupt und insonderheit zum Wahlgeschäfte gehöret, durch die Mehrheit der Stimmen der Gemeinde beschlossen werden kann; refertur enim ad vniuersos quod publice fit per maiorem partem;

L.

L. 160. §. 1. D. de reg. iur.
C. 1. X. de his, quae fiunt a maiori parte capituli.

auch 2) der in Anfrage gebrachte Punct, ob bloß ordinirte und im Amte bereits stehende Geistliche, oder auch Candidaten auf die Wahl zu bringen; einen Theil des Wahlgeschäfts und eine Angelegenheit der Gemeinde auf gleiche Weise, als die Wahl eines gewissen Subjects, ausgemacht, und daher der Mehrheit der Stimmen auf gleiche Weise unterworfen gewesen; 8

Hergegen 3) die bemerkten Puncte ein ius singulorum nicht betroffen, weil das ganze Recht, was ein Mitglied bey der Wahl haben mag, darin daß es seine Stimme frey abzulegen befugt ist besteht, und dieses ihm ungekränkt verbleibt, wenn gleich die Wahl auf Ordinirte eingeschränkt wird, weil selbst die gemeinen Rechte die Wahl auf drey in Vorschlag zu bringende Subjecte in der 9

Nov. 123. c. 1. §. 1.

einschränken, und eine blosse Einschränkung der Wahl, der Wahlfreyheit nicht entgegen ist;

Und was 4) die Kläger gegen die rechtsbeständige Abfassung des gedachten Schlusses eingewandt haben, von keiner Erheblichkeit ist; 10

indem a) die aus der mangelnden Unterschrift der beyden obgenannten Mitglieder des Kirchenvorstandes angebrachten Bedenken durch deren Nachbringung erlediget sind;

sodann b) die von den Mitgliedern des Kirchenvorstandes ausgefertigten Protocolle in dieser, nicht ihre eigne, sondern eine Amtsangelegenheit betreffenden Sache, einen völligen Beweis wirken;

Mencke in proc. iur. comm. tit. 24. §. 3.

auch c) die Einreden, welche gegen den in der Gemeinde zu M. bekannt gemachten Vorschlag vorgeschützt worden, für gegründet nicht zu halten sind, da eines Theils aus dem von Klägern selbst beygebrachten Attestate erhellet, daß der Kirchenvorstand den gemachten Schluß der versammleten Gemeinde von der Canzel kund machen lassen, und wie es sich gebühret, deren Bewilligung nachgesucht, andern Theils die Glieder, wie im Protocolle angeführet ist, ihre Stimmen über diesen Vorschlag in der versammleten Gemeinde sigillatim abgelegt, und denselben durch die Mehrheit der Stimmen genehmigt haben, wohlfolglich dasjenige, wohin die mindere Zahl der Glieder der Gemeinde gestimmt hat, nach der Eigenschaft einer Protestation um so weniger beurtheilt werden kann, als der mindern Zahl der Mitglieder kein ius protestandi gegen dasjenige, was durch die Mehrheit der Stimmen beschlossen worden, den Rechten nach zusteht; 11

Solchem allem nach d) die von den Beklagten übergebenen Positionen und die deshalb abgeforderten Eide als überflüssig anzusehen, und darauf keine rechtliche Absicht zu nehmen gewesen;

12 Hiernächst II) der Kläger Suchen daß, wenn ordinirte, und im Kirchenamte stehende Geistliche auf die Wahl gebracht werden sollen, sie auch zu Ablegung einer Probe- oder Gast-Predigt anzuhalten, durch den §. 7. der Märkischen Kirchenordnung nicht begründet werden mag;

immaßen 1) dasjenige, so von den auf die Probe aufzustellenden und zu hörenden Candidaten daselbst geordnet ist, solche Personen betrifft, welche in keinem Predigtamte stehen, und solches sowohl die bekannte Bedeutung des Wortes Candidat, als auch die Märkische Kirchenordnung in den §. 9. 10. und 11. um so gewisser beweiset, als dasjenige, was in Ansehung des Examens und der Ordination eines erwählten Candidaten, daselbst geordnet worden, auf keine andere, als auf diejenigen, so noch in keinem Predigtamte stehen, anwendbar ist;

Auch 2) bey einem im Kirchenamte stehenden Geistlichen der rechtliche Grund, warum er bey der Gemeinde die die Wahl vorzunehmen hat eine Predigt zur Probe halten muß, wegfällt, da dessen Geschicklichkeit und Lehr-Gaben aus dem von ihm bereits geführten Amte bekannt seyn können, und aus dem Benehmen das ein Geistlicher in seinem Amte bewiesen, ein weit sicherer Grund zu einem auf ihn zu setzendem Vertrauen sich hernehmen läßt als solches aus einer nicht selten mit fremder Hülfe gehaltenen Probepredigt geschehen kann; vnde si pastoris cuiusdam dona omnibus nota, si ex vna ad aliam eiusdem loci ecclesiam transferendus, si constans vocantis ecclesiae desiderium ad translationem directum est, superflua non tantum haec concio habenda, sed praeterea ex sana legum ecclesiasticarum interpretatione statuendum, concionis huius habendae necessitatem tali non esse imponendam,

Boehmer in iure eccles. lib. 3. tit. 41. §. 106.

13 Uebrigens III) Beklagte darin, daß sie sich der Predigerwahl während des Rechtsstreits und gegen das unterm 17ten Nov. 1781 ergangene Verbot eigenmächtig und einseitig angemaßt, offenbar widerrechtlich gehandelt haben, und deshalb die von ihnen unternommene Wahl den Rechten nach null und nichtig ist; electio enim lite pendente attentata, ipso iure nulla est;

C. 1. vt lite pendente nihil innouet.
Boehmer in iure eccles. lib. 2. tit. 16. §. 4.

Hierwider auch den Beklagten, daß auf der Kläger Suchen nicht erkannt worden, nicht zu statten kommt, indem während des über die anzustellende Wahl rechtshängigen Streits es ihnen an der rechtlichen Befugniß, eine Wahl vorzunehmen, gefehlt hat, sie auch vermöge des an sie erlassenen gerichtlichen Verbots, selbige anzustellen gänzlich verhindert gewesen,

Solchemnach IV) nunmehr eine anderweite Predigerwahl von dem Kirchenvorstande zu verfügen, und solche auf geschehene gebührende Convocation der ganzen Gemeinde aus den dazu auf die Wahl gebrachten Geistlichen, unter welchen dem Kirchenvorstande, auch denjenigen Geistlichen, welcher bey der letztern nicht ti-

tigen Wahl erwählet worden, von neuem auf die Wahl zu bringen, unbenommen bleibet, gebührend vorzunehmen;

Uebrigens V) die Kosten der Klage, da Kläger aus der Märkischen Kirchenordnung einigen Anschein für sich gehabt, Beklagte aber durch die einseitig angemaßte Wahl, widerrechtlich gehandelt haben, gegen einander zu vergleichen gewesen;

Als sind wir, wie im Urtheile geschehen zu erkennen bewogen worden. 1782. 14

Num. 175.

DECISIO.

THEMA GENERALE.

De ſocietate tacite contracta.

ARGVMENTA SPECIALIA.

Deciſio. n. 1.

Rationes dubitandi.

Societas tacite contrahi poteſt. n. 2.

Qui negotiationis ſuſcipiendae primo conſilium habet illudque principaliter adiuuat pro ſocio habendus eſt. n. 3. 4.

Socius lucri et damni particeps eſt. n. 5.

Rationes decidendi.

Societas facto contracta ſupponit facta concludentia animo ſocietatem contrahendi ſuſcepta. n. 6. 7. 13.

Qualia non ſunt ſi quis negotia ſocietatis vel ſponte vel ex mandato agit. n. 7. 10. 13.

Nec pro ſocio habendus qui occaſionem ſocietatem ineundi praebuit. n. 8.

Nec ſocius eſt qui pecuniam mutuo dat ſocietati. n. 9.

Participatio lucri in regula pro rata operarum fit. n. 11.

Qui itaque nec ſortem nec operas praeſtitit de lucro participare nequit. n. 12.

Concluſio. n. 14.

Urtheil.

1 Auf Klage, Antwort und erfolgtes ferneres Einbringen in Sachen des Cammer-Secretair Hahn zu Zweybrücken Klägers an einem, wider die Profeſſoren Exter und Embſer, Beklagte am andern Theile erkennen zur herzoglich Pfalz-Zweybrückiſchen Regierung verordnete Präſident, Canzler, Geheime- und Regierungs-Räthe auf vorgehabten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten für Recht:

Daß Beklagte von der erhobenen Klage zu entbinden und loszuſprechen, Kläger auch die Koſten der Klage nach vorhergehender deren Anſetzung und erfolgter richterlicher Mäßigung Beklagten zu erſtatten ſchuldig, es könnte und wollte dann Kläger das Angeben, daß er die wegen Herausgabe der claſſiſchen Schriftſteller des Alterthums unter den beyden Beklagten beſtehende Societät mit ihnen eingegangen habe, beſſer als durch die in den Acten angeführten, für die Societät übernommenen Geſchäfte, und zwar dahin, daß er ſolche für einen entweder ſchon erhobenen oder wenigſtens verabredeten Antheil an dem Gewinne und Schaden der Geſellſchaft, mithin als ein Mitglied der

der Societät geführet habe, binnen vier Wochen beweisen, dessen genösse er billig, und ergehet sodann mit Vorbehalt der Beklagten Gegenbeweises und anderer Rechtswohlthaten sowohl in der Hauptsache als der Kosten halber ferner was Recht ist. Von Rechts wegen.

Zweifels- und Entscheidungs-Gründe.

Ob wohl Kläger das in der erhobenen Klage behauptete Recht ein Mitglied der über die Herausgabe der classischen Schriftsteller des Alterthums zwischen den Beklagten geschlossenen und bestehenden Gesellschaft zu seyn, auf die stillschweigende Einwilligung der Beklagten, als auf einen den Rechten nach in 2

L. 4. D. pro socio.

anerkannten hinlänglichen Grund, zu stellen, und solchen aus folgenden angeblichen Umständen und Handlungen herzuleiten gesucht hat, daß er

1) zur Errichtung dieser Gesellschaft, durch die Anzeige des mittelst Herausgebung gemeinnütziger Schriften zu erlangenden ansehnlichen Gewinnes zuerst den Vorschlag gethan habe, auch 3

2) in der Folge zwischen ihm, dem Keller Hubmeyer und den Beklagten die mündliche Verabredung dahin getroffen worden, daß gedachter Keller die nöthigen Gelder vorschiessen, und er Kläger mit den Beklagten die erforderlichen operas leisten sollten, zu welchem Zwecke er

3) den Briefwechsel geführet, die Accorde wegen Anschaffung des Papiers, der Lettern und Druckerpressen eingegangen, und die Pränumerationen besorgt, nicht minder den Auftrag zu den Correcturen erhalten zu haben angeführet hat,

daneben 4) Kläger besonders darauf sich bezogen, daß der mit dem Keller Hubmeyer über ein Anlehn von 1000 Fl. geschlossene Contract unter seiner Genehmigung und geleisteten Bürgschaft eingegangen, und daß von dem Mitbeklagten, dem Professor Exter, keine Auszahlung ohne seine Anweisung geschehen mögen, und dann hieraus, daß er alle diese in das öconomische Fach einschlagende Geschäfte unter der Eigenschaft eines Mitglieds geführt habe, darthun zu können vermeinet, bevorab er dafür in einer in der Frankfurter Zeitung enthaltenen Anzeige anerkannt worden sey; 4

Hierbey auch 5) ihm seine Abwesenheit und sein zu Lützelstein gehabter Aufenthalt nicht hinderlich gewesen sey, indem er auf eine mit dem Professor Exter genommene Abrede sich bezogen, daß weil er die Correcturen zu besorgen nicht im Stande sey, einem jeden Mitgliede ein praecipuum von 50 Fl. verbleiben solle;

Endlich auch 6) Kläger zum Beweise der bemerkten Handlungen sich erboten, und daß daher dessen auf Theilnehmung am Gewinne der Gesellschaft gerichtetes Suchen einen rechtlichen Grund für sich habe, es scheinen will: 5

Dennoch aber und dieweil 1) ein gesellschaftlicher Contract nur alsdann auf eine thätige Weise für geschlossen geachtet werden kann, wenn dessen wesentliche Stücke durch 6

solche Handlungen bezeichnet werden, bey welchen sowohl gemeinschaftliche Kräfte und Mittel zur Erreichung einer gemeinschaftlichen Absicht angelegt sind, als auch der daraus erfolgte Gewinn oder Schaden als gemeinschaftlich bedungen oder wirklich erhoben worden ist,

Hertius de societate facto contracta Sect. 1. §. 9. 10.
Mevius P. 2. dec. 191.

Und daher 2) Geschäfte, welche bloß die Gesellschaft betreffen, einen gesellschaftlichen Contract anders nicht erhärten, als wenn sie von beyden Seiten animo contrahendi societatem theils geleistet theils angenommen sind,

L. 31. D. pro socio.

und in der Absicht, Gewinn und Schaden daran gemeinschaftlich zu tragen, vollzogen sind;

L. 52. §. 6. D. eod.

7 Dahergegen 3) solche Geschäfte, welche bloß als Geschäfte der Gesellschaft anzusehen und die ein Dritter entweder freywillig oder vermöge Auftrages für dieselbe übernimmt, den Beweis eines gesellschaftlichen Vertrages um so weniger enthalten, als solche eine andere Art von Contract zu erkennen geben, und es überall ungewöhnlich ist, einen so wichtigen Contract, bey welchem auf die Bestimmung des gemeinschaftlichen Beytrags an Mitteln und Kräften eben sowohl, als auf die verhältnißmäßige Theilnehmung an dem Gewinne und Verluste, so vieles ankömmt, ohne eine besonders getroffene Verabredung einzugehen, weshalb bey rechtlicher Beurtheilung solcher Handlungen, woraus ein Societäts-Contract gefolgert werden soll, darauf nothwendig zu sehen ist: vt res vel operae in commune collatae sint, et coniunctio facta sit in commune commodum et incommodum, ne hoc negotium in alium contractum migret,

Hertius l. c. §. 10.

8 In dieser Hinsicht aber 4) die von dem Kläger angegebenen Handlungen von der Beschaffenheit nicht sind, daß sie eine mit den Beklagten über Herausgebung der alten classischen Schriftsteller eingegangenen Societäts-Contract beweisen, immaßen die angeführte Unterredung über den Vortheil der Buchhändler und über den Gewinn den die Herausgebung gemeinnütziger Schriften gewähren würde höchstens für eine Veranlassung zu dem von Beklagten unternommenen Institut anzusehen ist;

9 Und wie 5) Kläger im Verfolg selbst eingeräumt hat, daß ein schriftlicher Contract, auf dessen Herausgabe er gleichwohl Anfangs geklagt, zwischen ihm und den Beklagten nicht existiret, so hinwiederum das unbestimmte Angeben, daß dieser Contract unter ihnen mündlich verabredet sey, von den Beklagten gänzlich geleugnet worden, und das dabey geschehene Anbringen, daß der Keller Hubmeyer durch das an die Gesellschaft vorgeliehene Capital ein Theilnehmer der Gesellschaft geworden, aus der Natur der Sache sich erlediget;

Hin-

Hingegen 6) die vom Kläger geführten Geschäfte von solcher Beschaffenheit sind daß sie ein jeder mandatarius oder negotiorum gestor für eine Gesellschaft und auf deren Kosten ohne deshalb ein Mitglied der Gesellschaft zu werden, hätte führen können, 10

eben so wenig 7) die bey dem Keller Hubmeyer geschehene Aufnahme eines Capitals von 1000 Fl. wenn sie auch unter Klägers Besorgung oder geleisteter Bürgschaft bewirkt seyn sollte, eine schliessende Handlung auf den in Frage stehenden Societäts-Contract enthält, hingegen das Angeben, daß der Professor Exter keine Auszahlung ohne seine Anweisung habe leisten dürfen, wiederum von Beklagten gänzlich in Abrede gestellet worden mithin auf Beweis beruhet, am wenigsten aber aus demjenigen was in der angeblichen Anzeige in der Frankfurter Zeitung enthalten seyn soll, ein Beweis des Verhältnisses worin Kläger gegen Beklagte gestanden beygebracht werden kann;

überdem 8) der Umstand, daß der Kläger gleich bey der ersten Einrichtung des in Frage stehenden Instituts über zwey Jahre abwesend gewesen ist, bey der angeblich auf einer stillschweigends ertheilten Einwilligung beruhenden Societät um so erheblicher ist, als die Theilnahme an dem gesellschaftlichen Gewinne in Ermangelung einer bestimmten Abrede nach dem Verhältnisse der geleisteten operarum berechnet wird, 11

L. 6. D. pro socio.
Wernher P. 3. obs. 178.

gleichwohl Kläger an den gelehrten Geschäften bey diesem Institute keinen Antheil genommen zu haben, eingeräumet, andere Geschäfte aber bey seiner Abwesenheit nicht zu leisten vermocht hat, und wenn er auch abwesend, wie von den Beklagten nicht eingeräumet, einige Pränumerationen besorgt hat, dennoch solches, an und für sich betrachtet, bloß ein Auftrags-Geschäfte enthält, dahergegen dasjenige, was der Kläger mit dem Professor Exter bey seiner Abreise der Correctur halber, abgeredet zu haben, angegeben, von Beklagten wiederum in Abrede gestellet worden ist, 12

Solchem allem nach 9) der Kläger durch die angegebenen Handlungen einen thätiger Weise eingegangenen gesellschaftlichen Contract um so weniger zu begründen vermag, als bloß die Führung eines oder des andern Geschäfts einer Societät niemand zum Mitgenossen derselben macht, sondern dazu der Beweis dessen, daß man dergleichen Geschäfte unter der Eigenschaft eines Mitgenossen geführet habe, erfordert wird, und deshalb die Beklagten von der erhobenen Klage zu entbinden, und der Kläger in die Kosten des Processes zu verurtheilen gewesen; 13

Immittelst 10) dem Kläger der Beweis des Angebens, daß er die bemerkten und zum Theil abgeleugneten Geschäfte der Gesellschaft unter der Eigenschaft eines socii geführet habe und von den Beklagten dafür anerkannt sey, wenn er damit auszulangen vermeinet, billig vorbehalten worden, und auf solchen Fall auch den Beklagten der Gegenbeweis und der Beweis der von ihnen bereits eventualiter vorgeschützten Ein-

reden, daß nemlich der Kläger bloß auf ihren Auftrag diese Geschäfte geführt habe und daß derselbe bey seiner Abwesenheit ipso facto wieder abgetreten seyn würde, daß ferner von ihm keine operae geleistet seyen und ihm daher an einem Grunde auf einen Antheil an dem Gewinne Anspruch zu machen mangele unbenommen bleibt;

14 Als sind wir, wie im Urtheile geschehen, zu erkennen bewogen worden. 1786.

Index

INDEX

rerum praecipuarum

quae

in his duabus partibus tomi fecundi continentur.

Numerus maior partem tomi fecundi, minor prior paginam, minor pofterior numerum in margine notatum demonftrat.

Agnitio

cae-

tam

Edic-

frue-

G

H

post

Ius

eman-

per-

Saluti

Stuhl-

mi-







